

J. rom. m.
1622

J. rom. m.

162^r

Demelius

Tom. M.

162^r

Vemelius

J. rom. m. 162 2

Untersuchungen

aus

dem römischen Civilrechte

von

Dr. iur. Gustav Demelius,

Docenten des römischen Rechts an der k. k. Karl-Ferdinands-Universität
zu Prag.

Erster Band.

Weimar

Hermann Böhlau

1856.

I. Abtheilung

1818

des römischen Civilrechts



Erster Band

Wien

Verlag von Franz Beckersche Buchhandlung

1818

Vorwort.

Nachfolgenden Abhandlungen habe ich nur Weniges vorauszuschicken. Der ersten, historischen Untersuchung glaubte ich ihre Ueberschrift geben zu dürfen, nicht als ob alles in ihr enthalten sein sollte, was über die Geschichte der Klagverjährung beigebracht werden kann. Es ist eben der Vortheil der gewählten Form einzelner Aufsätze, dass man auf schon gewonnenes Gut nur verweisend, neues zu fördern desto mehr bemüht zu sein vermag, während bei der Behandlung der Lehren im Ganzen auch die Darstellung des Zweifellosen, ohne die berechtigten Anforderungen gleichmässiger Gliederung zu verletzen, nicht wegbleiben kann. Nichtsdestoweniger, hoffe ich, wird dasjenige, was gegeben ist, hinreichend sein, jene Ueberschrift zu rechtfertigen.

Auch bei der zweiten, dogmatischen Erörterung war es nicht darauf abgesehn, das ganze Register der einschlagenden Streitfragen zu behandeln. Es kam mir vielmehr darauf an, zunächst das Grunddogma der Lehre vom Beginne des Laufs der Klagverjährung sichern und festigen zu helfen, da ein Blick in die Behandlung der einzelnen Punkte zeigt, dass, wenn irgendwo, gerade hier alles Schwanken auf den

Mangel festen Grundes zurückzuführen ist. Freilich lässt sich, ob die Arbeit wirklich geholfen, am besten durch die Ermittlung erproben, ob die einzelnen Theile des dogmatischen Gebäudes sich nunmehr sicher und lothrecht aufbauen lassen, und es durfte deswegen Eingehn auf specielle Fragen nicht fehlen. Auch hier aber konnte der gewählten Form zu Folge Sichergestelltes ungeprüft auf die Seite gelegt und nur wirklich Zweifelhafte ins Auge gefasst werden. Auch in den allgemeinen Auseinandersetzungen bedurfte es nicht ängstlicher Rücksicht auf Ebenmass.

Ueber Plan und Gang der Darstellung findet sich Näheres in den Einleitungen.

Weimar, im August 1856.

D.

Inhalts-Verzeichniss.

I. Geschichte der Klagverjährung.

	Seite.
§ 1. Einleitung	1
§ 2. Klagverjährung im alten Civilrechte	7
§ 3. Die Annal-Klagen des Edicts	14
§ 4. Fortsetzung. Die prätorischen Poenal-Klagen	23
§ 5. Das Quinquennium der querela inofficiosi	30
§ 6. Die Criminalverjährung	39
§ 7. Weitere Fälle der Annalität	43
§ 8. Gemeinsames Wesen der Verjährungsfälle im früheren Rechte. Beginn des Laufs der Zeitfrist	51
§ 9. Fortsetzung. Unterbrechung des Laufs der Zeitfrist. Wirkung des Ablaufs	60
§ 10. Fortsetzung	72
§ 11. Die Theodosianische Klagverjährung. Ihre Entstehung. Prae- scriptio longi temporis. Praescriptio XXX vel XL an- norum	82
§ 12. Fortsetzung. Ausdehnung der praescriptio XXX vel XL an- norum auf persönliche Klagen	88
§ 13. Schluss	104

II. Das Dogma von der actio nata.

§ 1. Einleitung	111
§ 2. Römischer Begriff von actio	116
§ 3. Wesen des Klagrechts	128
§ 4. Fortsetzung. Savigny. Kierulff	138
§ 5. Die Gegner der Verletzungstheorie. Begriff der Verletzung .	146
§ 6. Fortsetzung. Die Verletzung	157
§ 7. Einzelne Anwendungen. Das unbetagte Darlehn und gleich- artige Fälle	164
§ 8. Fortsetzung	176
§ 9. Aehnliche Fälle. Periodische Leistungen	191
Nachtrag	204

I.

GESCHICHTE DER KLAGVERJÄHRUNG.

GESCHIEDTE DER REZIGERIJ

§ 1.

Einleitung.

Seitdem die Wissenschaft den von der Doctrin gebildeten allgemeinen Verjährungsbegriff gesprengt, die von demselben umfassten Institute scharf von einander geschieden und ein jedes von ihnen selbständig zu reconstruiren unternommen hat, sind die zwei wichtigsten derselben, Ersitzung und Klagverjährung, Gegenstand mannichfacher, zum Theil wahrhaft ausgezeichnete Bearbeitung geworden. Der Grund liegt wohl kaum allein in der hohen praktischen Wichtigkeit beider Lehren, sondern gewiss auch in dem erst durch jene Ausscheidung recht hervorgetretenen rein wissenschaftlichen Interesse derselben. So ist namentlich das Bedürfniss einer tieferen historischen, wie dogmatischen Erfassung der Usucapion recht eigentlich ein Kind der neuesten Zeit; die Usucapionsfrage gehört zu den brennenden. Bei ihrer Behandlung sind vor allem gewisse historische Probleme hervorgetreten und haben die Geschichte der römischen Ersitzung zu einem Felde gemacht, auf welchem viel Scharfsinn schon verwendet ist und noch wird verwendet werden können.

Weniger tief und unmittelbar greift in die dogmatische Untersuchung die Geschichte der Klagverjährung ein, schon aus dem einfachen Grunde, weil sie ein verhältnissmässig spätes Institut ist und mit dem unmittelbaren Rechtsbewusstsein des Volkes weit weniger eng zusammenhängt. So beschränkt sich denn, was als historische Einleitung in diese Lehre gegeben wird, auf das Aufzählen der etwa im älteren

Rechte vorkommenden Spuren des Instituts, auf seine Einführung durch Kaiser Theodosius und seine ferneren legislativen Schicksale ¹⁾).

Wenn nun in den folgenden Bogen mehr, oder richtiger gesagt, noch etwas anderes zu geben der Versuch gemacht werden soll, so kann, worin das Beizubringende bestehn wird, kaum zweifelhaft sein. Erstens wäre es gewiss schon der Mühe werth, zu untersuchen, wie es sich denn mit jenen früheren „Spuren“ verhält, ob sie vereinzelte Anwendungen des erst später zur allgemeinen Geltung gelangten Institutes sind, oder bloße Vorläufer, nur verwandte Erscheinungen, welche in keinem engeren dogmatischen Zusammenhange mit dem späteren Dogma stehn. Gerade dieser Punkt ist ja auch für eine wichtige Streitfrage aus der Lehre zur Sprache gekommen und freilich ohne weiteres im ersteren Sinne entschieden worden ²⁾).

Ferner hat auch das enge Angränzen der allgemeinen Klagverjährung an die späteren Formen der Ersitzung nie ganz verkannt werden können, und es dürfte auch hierfür eine eingehende Untersuchung nicht überflüssig sein.

Durch Erledigung beider Punkte wird aber das zu erreichen vielleicht gelingen, was man eine historische Begriffsentwicklung der Klagverjährung nennen kann, eine Darstellung,

1) Vgl. die Darstellungen von Savigny, Syst. V § 238. Puchta, Kurs. d. Inst. § 208. Unterholzner, Verjährungslehre an verschiedenen Orten, bietet auch in dieser Beziehung wenig mehr, als eine Zusammenstellung des Materials.

2) Für die Frage nach der Wirkung der Klagverjährung. Büchel, civilrechtl. Erörtergg. I S. 62: — „von welcher aber (der Verjährung der alten *actiones temporariae*) um so mehr ein vollgültiger Schluss auf jene (die Theodosianische Verjährung) gestattet sein muss, als die durch Theodos eingeführte *longissimi temporis praescriptio* sich unmittelbar an das praetorische Institut der *praescriptio temporalis* anschliesst und nur eine zeitgemässe Erweiterung desselben enthält“ u. s. w. Ebenso Vangerow § 151. 4. und vor Büchel schon Heimbach Ztschr. f. CR. u. Pr. I S. 456. S. auch Savigny Syst. V S. 374. Eine abweichende Stimme Vermehren, Ztschr. f. CR. u. Pr. II. S. 349, welcher die Klagverjährung „eine weitere Ausbildung, gewissermassen das Kind der Mutter *usucapio*“ nennt.

aus welchen historischen und dogmatischen Grundlagen das Grunddogma der Klagverjährung erwachsen ist.

Ich halte es für zweckmässig, die leitenden Gesichtspunkte der nachfolgenden Erörterung, wie auch das hauptsächlich Resultat derselben und den Weg, auf welchem zu ihm gelangt werden soll, gleich jetzt kurz darzulegen.

Für dieselbe Thatsache, dass mit dem Ablaufe einer bestimmten Zeit ein Recht zu existiren aufhört, kann eine doppelte Ausdrucksweise gewählt werden. Man hat, sagt das Gesetz, das Recht zu appelliren, aber nur zehn Tage lang. Eben dieser Satz kann auch so gefasst sein: Man darf appelliren; thut man es aber nicht binnen zehn Tagen, so geht das Recht dazu verloren. Das sind nur zwei verschiedene Arten, sich auszudrücken.

Der Verschiedenheit des Ausdrucks kann aber auch eine Verschiedenheit des Sinnes zu Grunde liegen. Wenn ein Erblasser verordnet: A soll das Recht haben von meinem Erben zehn Jahre lang jährlich Zehn zu fordern; und ein anderer: A soll von meinem Erben jährlich Zehn verlangen dürfen; verlangt er sie zehn Jahre lang nicht, so soll sein Recht aufhören — so verordnet jeder etwas ganz anderes. Im ersten Falle nämlich ist dem Rechte gleich bei seiner Entstehung eine Schranke gestellt, über welche hinaus es nicht wirken soll; im andern dagegen ist die Endigung als Erfolg einer Thatsache gesetzt, welche einen bestimmten Zeitraum einnimmt, so dass hier nur mittelbar die Endigung durch den Zeitablauf herbeigeführt wird.

In zwei Formen demnach kann das Erlöschen eines Rechtes mit dem Verlaufe einer Zeit in juristischen Kausalzusammenhang gesetzt sein. In zwei Formen aber auch kann derselbe Satz, dieselbe juristische Thatsache, dass ein Recht nur bestimmte Zeit hindurch dauert, ausgedrückt werden. Wie ist es nun mit der Klagverjährung? „Wenn ein Klagrecht dadurch untergeht, dass der Klagberechtigte dasselbe innerhalb eines bestimmten Zeitraums auszuüben unterlässt, so heisst diese Aufhebung des Rechts Klagverjährung“ 3). „Das träge

3) Savigny, Syst. V S. 265.

Recht vernichtet sich selbst“⁴⁾). Ist damit etwas anderes gesagt, als mit dem Satze: Klagrechte können nicht länger als eine gewisse Zeit hindurch geltend gemacht werden? Fehlt in der Negative der Kern des Gedankens, oder liegen nur zwei verschiedene Ausdrucksweisen vor?

Zunächst ist es vollkommen logisch unmöglich, den positiven juristischen Grund der Klagverjährung in das objective Moment der Nichtausübung des Klagrechts zu setzen, als in eine besondere, von der Existenz des Klagrechts zu scheidende, selbständig hinzutretende Thatsache. Denn das hat jedes Klagrecht mit der Obligation gemein, dass Ausübung desselben gleich Auflösung ist. Bestehn und ausgeübt werden sind für dasselbe zwei sich ausschliessende Begriffe; Existenz ist eben dauernde Nichtausübung. Wer also sagt: ein Klagrecht geht unter, wenn es dreissig Jahre hindurch nicht ausgeübt wird — und wer: ein Klagrecht hört auf, nachdem es dreissig Jahre bestanden hat, — die sagen beide ganz dasselbe, keiner mehr, als der andere.

Allein liegt nicht der Grund des Untergangs durch Verjährung in dem subjectiven Elemente des Unterlassens der Klaganstellung, in dem Verhalten des Berechtigten, seiner Unthätigkeit, und ist nicht deshalb die Definition: Klagverjährung ist Endigung des Klagrechts wegen Ablauf der ihm vom Rechte gesetzten Zeitdauer — zu weit und unbezeichnend?

Gewiss für das Recht der *praescriptio triginta annorum*. Die Unthätigkeit des Klagberechtigten ist eine dem Bestehn des Klagrechts ganz selbständig gegenüber stehende Thatsache, an welche das Gesetz den Untergang der Klage gerade so knüpft, wie in jenem erwähnten Falle der Erblasser den Verlust der legirten Rente an zehnjähriges Schweigen. Das passive Verhalten des in seinem Rechte Gekränkten ist die juristische causa des Untergangs der Klage. Der Satz, dass Klagverjährung Erlöschen eines Klagrechtes wegen Unthätigkeit des Berechtigten ist, enthält daher eine prägnante juristische Bedeutung, ist nicht etwa blos ein anderer Ausdruck

4) Kierulff, Theorie S. 189.

dafür, dass dem Klagrechte eine zeitliche Grenze seiner Existenz gesetzt ist.

Wer also darauf ausgeht, zu finden, wann und wo zuerst die Grundidee der Klagverjährung im Rechte zu Tage tritt, der darf nicht in jedwedem ihm aufstossenden Falle eines zeitlich beschränkten Klagrechts ohne weiteres eine Anwendung des Verjährungsprincips entdecken wollen. Es entsteht vielmehr immer die Frage: in welcher juristischen Form ist vorliegenden Falls die Existenz des Klagrechts von einer Zeitdauer abhängig gemacht? Ist dem Klagrechte einfach ein dies ad quem gesetzt, oder ist es eine neben der Existenz selbständig vorhandene Thatsache, welcher in ihrer Dauer die Macht verliehn ist, dasselbe auszuschliessen? Erst wenn letzteres der Fall, und wenn diese Thatsache eben die Unthätigkeit des Klägers ist, kann von einer Klagverjährung im Sinne der Kaiserconstitutionen die Rede sein. Die Nothwendigkeit einer derartigen Sichtung konnte nie verkannt werden, und man hat, weil der Kausalzusammenhang zwischen Nichtanstellung der Klage und dem Untergange derselben fehlte, einzelne Erscheinungen aus dem Gebiete der Klagverjährung ausgewiesen, so z. B. die Zeitbeschränkung der *actio sponsoris vel fidepromissoris ex lege Furia* 5).

Es ist nun meine Ansicht, welche ich im Folgenden zu begründen versuchen werde, dass ein strenges Scheiden der zwei Formen, unter denen die Dauer eines Klagrechts von dem Ablauf eines bestimmten Zeitraums abhängig gemacht werden kann, nothwendig darauf führen muss, in jenem Aussondern viel weiter zu gehn, in der theodosianischen Klagverjährung und den Zeitbeschränkungen, welche sich für gewisse Klagrechte im früheren Rechte finden, zwei ganz verschiedene Rechtsbegriffe zu erblicken und somit jeden dogmatischen Zusammenhang derselben in Abrede zu stellen. Die praetorischen *actiones temporales*, und was sonst im classischen Rechte von zeitlich begrenzten Klagrechten sich findet, sind nichts, als von vorn herein nur auf bestimmte Zeit gegebene Rechte, wie

5) Puchta, Kurs. d. Inst. § 208 bei Anm. p. Keller R. CP. § 93 bei Anm. 1146.

etwa mit einem dies ad quem eingegangene Verträge sie begründen. Der Gedanke, dass ein Klagrecht zu Grunde geht wegen dauernder Unthätigkeit des Berechtigten, ohne welche es in infinitum fortwähren würde, ist im ältern Rechte in keiner Spur sichtbar. Er ist erst ins Recht gekommen mit der Aufstellung der *praescriptio triginta annorum* und ihrer Ausdehnung zu einer allgemeinen Klagverjährung. Er erscheint zuerst als Verjährung der Eigenthumsklage, welche ihrerseits wieder mit der Ersitzungsidee in engem genetischen Zusammenhange steht. Das Institut der römischen Klagverjährung ist aus der Ersitzungsidee allmählich hervorgewachsen.

Bevor wir zur Entwicklung des positiven Resultats gelangen, muss zunächst dem negativen nachgegangen werden. Dazu bedarf es einer genauern Betrachtung jener vortheodosianischen Verjährungsfälle ihrem Grunde und Wesen nach. Denn schon, wenn es gelänge zu sehn, wie die statuirte Beschränkung sich überall darauf zurückführen lässt, dass gerade für das specielle betroffene Rechtsverhältniß ein zeitliches Mass aus ihm eigenthümlichen Gründen gegeben war, so läge darin ein bedeutendes Moment dafür, dass diese Einschränkung in der einfachen Form eines dem Klagrechte gestellten dies geschah. Wozu bedurfte es der Construction eines wesentlich complicirteren Institutes, wie des Untergangs durch Unthätigkeit des Berechtigten; oder, wenn man doch dazu gekommen war, aus welchem Grunde blieb dann die Klagverjährung — ein an sich für alle Klagrechte gleich nahe oder fern liegendes Rechtsinstitut — Jahrhunderte lang an einzelnen Verhältnissen haften?

Kommt dann noch hinzu, dass sich auch nicht die mindeste Spur auffinden lässt, welche in dem Erlöschen der *actiones temporales* mehr als ein Aufhören veniente die zu sehn nöthigte, dass vielmehr alles, was wir über dieselben wissen, auf die einfachere Construction entschieden hinführt, so darf der Satz als bewiesen gelten, dass es im Sinne des theodosianischen Rechts im ältern Rechte keine Klagverjährung gab, die *praescriptio triginta annorum* ein seiner Grund-

idee nach ganz neues Rechtsgebilde ist, keineswegs nur Ausdehnung, neue Form eines schon früher vorhandenen. —

Natürlich kommt nichts darauf an, ob wir auch die älteren Fälle zeitlich beschränkter Klagrechte Verjährung nennen und so z. B. von einer praetorischen Klagverjährung reden. Im Interesse der Kürze kann vielmehr diese Benennung ohne Unklarheit zu verursachen in den nachfolgenden Ausführungen beibehalten werden.

§ 2.

Klagverjährung im alten Civilrechte.

Man ist gewohnt, in dem annus utilis, innerhalb welches der Praetor ein durch ihn mit einer Klage versehenes Recht zu schützen versprach, den Ursprung des erst in weit späterer Zeit zur vollen Entwicklung gelangten Instituts der Klagverjährung zu sehn ¹⁾. Es ist sogar auf die Natur des letzteren aus diesem Ursprunge geschlossen, dasselbe für ein Gebilde des Rechtskreises erklärt worden, als dessen Organ man den Praetor mit seinem Edicte hauptsächlich ansieht ²⁾. Diese im Interesse einer der berühmtesten Controversen unternommene Schlussfolgerung hat indessen Widerspruch von gewichtigster Stimme gefunden ³⁾. Derselbe gründet sich auf das rein positive Wesen der Klagverjährung und darauf, dass die bei weitem meisten und wichtigsten Klagen nicht durch das Edict, sondern erst durch kaiserliche Constitutionen ihre Verjährung erhielten. Ueber die Thatsache selbst, dass zuerst im annus utilis der Grundgedanke des Instituts zu Tage tritt, ist man sonst einig.

Dagegen ist indess auch von anderer Seite ⁴⁾ versucht

1) Savigny, Syst. V S. 273. Puchta, Kurs. d. Inst. II § 208 Keller, R. CP. § 93.

2) v. d. Pfordten, de oblig. civil. in natural. transitu. § 6. Götting, krit. Jahrb. 1848 S. 515.

3) Savigny, Obl. R. § 11 S. 97 f., dem v. Scheurl beitrifft, Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 511.

4) Huschke, Recht des Nexum S. 186, Beiträge zur Kritik des Gaius S. 85.

worden, jenen Ursprung weiter hinaus auf einen Satz des alten *ius civile* zurückzuführen, auf die Bestimmung der zwölf Tafeln nämlich: *usus auctoritas fundi biennium esto u. s. w.* In der angeführten Stelle der Beiträge redet Huschke geradezu von einer „Verjährungsvorschrift der zwölf Tafeln“, welche dann durch die *lex Furia* auf die Bürgschaftsobligation ausgedehnt sei. „Sowie das Zwölftafelgesetz dem Eigenthümer die *Vindication* gegen einen gerechten Besitzer oder die Wiederausübung einer *Servitut*, folgeweise auch dem Käufer die *auctoritatis actio* nur höchstens zwei Jahre lang gestattete“ u. s. w. Soll in diesem Satz die Behauptung ⁵⁾ liegen, dass so lange es einen Eigenthumserwerb durch *Usucapion* gebe, auch eine Verjährung der Klage des früheren Eigenthümers vorliege, so enthält er eine Vermengung zweier ihrem Grundgedanken nach ganz verschiedenen Institute. So weit auch die Ansichten darüber auseinandergehen, was an der *Usucapion* das rechtserzeugende Element sei, so zweifelt doch daran Niemand, dass durch sie vor allen Dingen ein neues Recht entsteht, dass dies ihre principale unmittelbare Wirkung ist, jeder andere zugleich eintretende Erfolg ein, wenn auch mit logischer Nothwendigkeit, doch immer nur mittelbar hinzutretender. Die *Vindication* des A verjährt dadurch, dass B die Sache *usucapirt*, ebensowenig, als dadurch, dass A die letztere veräußert. Weder ist der Eigenthumsklage von vorn herein eine Zeitgrenze gesetzt — die *Usucapion* ist für das Klagrecht des Eigenthümers ein reiner Zufall — noch geht sie durch Unthätigkeit des Berechtigten zu Grunde.

Unmittelbar an die *Usucapion* schliesst sich die Endigung der alten *auctoritatis obligatio* mit Ablauf eines *annus* oder *biennium* an. Durch sie soll nach Huschke „die Uebertragung des Verjährungsprincips von absoluten Rechten auf Obligationen, wo sie nur *extinctiv* wirken konnte“, vermittelt worden sein. Lassen wir nun zunächst einmal bei Seite, inwiefern Verjährung einer Obligation und die Annuität der *actiones*

⁵⁾ Diese Behauptung findet sich schon bei älteren Juristen s. z. B. *Marcilius ad Inst. de perpet. et temporal. action.* in der Institutionenausgabe von van de Water und dagegen a Costa und Vinnius ebendas.

unter einen Begriff zu bringen sind, und untersuchen zuerst die juristische Natur der Zeitbeschränkung, welcher die auctoritatis obligatio unterworfen ist. Wer Einem durch den Act der Mancipation das Eigenthum einer Sache übertrug, haftete aus dem in jenem Acte zugleich enthaltenen Nexum wegen Eviction ⁶⁾. Diese durch die auctoritatis actio geltend zu machende Verbindlichkeit des Mancipanten endete, sobald die Sache die Usucapionszeit hindurch in den Händen des Empfängers geblieben war. Mit dem Momente des Ablaufs dieses Zeitraums verlor die Obligation ihre Wirksamkeit. Wenigstens ist dies für das alte Recht aus dem über Wegfall der Evictionsklage im späteren Geltenden zu folgern ⁷⁾. Das juristische Motiv dieser Bestimmung ist nicht schwer zu finden. War wirklich usucapirt, so war das *rem meam esse etc.*, wenn auch nicht im Momente der Mancipation, doch nachträglich dem Resultate nach eingetreten, und es erschien in der Ordnung den auctor zu schützen ⁸⁾. War durch Schuld des Empfängers nicht usucapirt, so konnte doch seine Arglist oder sein Verstoss die Lage des Mancipanten nicht verschlimmern, letzterer wurde auch in diesem Falle durch das Verstreichen der Ersitzungszeit befreit ⁹⁾. Huschke bezeichnet das Verhältniß treffend so: „Denn da hiermit das Gesetz selbst an dies dem Käufer gewährte *habere licere* eine auctoritas geknüpft hat, die den Grund der die Uebertragung supplirenden obligatorischen auctoritas aufhebt, so hat der Verkäufer schon das Seinige gethan, wenn er den Käufer nur in die Lage brachte, usucapiren zu können, und die Zeit der Usucapion ablief“.

Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass von einem Erlöschen der Forderung wegen Versäumniss ihrer Geltendmachung nicht die Rede sein kann. Aber auch nicht einmal von einer Zeit-
 schranke, die dem Rechte des Empfängers gesetzt wäre.

6) Ueber dieses Verhältniss s. namentlich Huschke, R. d. Nexum S. 179 ff.

7) l. 54 pr. l. 56 § 3 de eviction.

8) Vgl. l. 60. 61 de solution. l. 17 § 1 mand.

9) l. 56 § 3 cit.

Denn es ist die vor sich gegangene Usucapion oder doch die gewährte Möglichkeit derselben, welche den auctor befreit. Nicht der Ablauf der Zeit, sondern das prästirte habere licere die Zeit hindurch ¹⁰⁾. Wurde die Sache vor Ablauf der Zeit evincirt, so hatte derselbe natürlich auf die Haftpflicht keinen Einfluss. Man kann also nicht sagen, die Forderung des Mancipationsempfängers sei von vorn herein nur auf eine bestimmte Zeit entstanden, seine leg. actio per man. iniect. nur für einen annus oder ein biennium von Wirkung. Auf das Erlöschen der auctoritatis obligatio ist auch die zweite Form, in welcher Endigung eines Rechts vom Ablaufe einer Zeit abhängig gemacht sein kann, nicht anwendbar.

Dagegen giebt es allerdings einen Fall im alten Rechte, dass durchs Gesetz einem Ereignisse nur auf bestimmte Zeit rechtliche Wirkung beigelegt ist, also das entstandene Rechtsverhältniß mit dem Ablaufe dieser Frist erlischt — die Befreiung der Sponsoren und Fidepromissores nach einem biennium, welche die lex Furia einführt. Auch diese Zeitbeschränkung will Huschke an die „Verjährungsvorschrift der zwölf Tafeln“ anknüpfen. Es soll der Bestimmung des Volksschlusses nicht nur die Endigung der auctoritatis obligatio als Vorbild gedient haben, sondern es scheint, als solle auch zwischen beiden Erscheinungen ein innerer Zusammenhang gefunden werden, so dass die lex Furia eine consequente Weiterbildung des schon vorhandenen Verjährungsprincips enthalte ¹¹⁾. Dem steht indessen wohl schon die hervorgehobene Verschiedenheit der Zeitbeschränkung entgegen. Die Bestimmung der lex Furia ist einfach einer von jenen legislatorischen Eingriffen, welche das Institut der Bürgschaft von

10) S. auch Böcking, Pand II §. 136 Anm. 7 a. E.

11) Huschke, Gaius S. 85: „Einerseits nämlich dehnte das Gesetz die Verjährungsvorschrift der zwölf Tafeln, die nur für civilen Boden galt, auf die Bürgschaftsobligation aus. Sowie das Zwölftafelgesetz dem Eigenthümer die Vindication gegen einen gerechten Besitzer, folgeweise auch dem Käufer die auctoritatis actio nur höchstens zwei Jahre lang gestattete, so schien es auch hinreichend, dem Gläubiger gegen einen Schuldner, der lediglich in fremdem Interesse sich verpflichtet habe, sein Recht nur zwei Jahre lang zu sichern“.

politischen, rechtspolizeilichen Gesichtspunkten aus seit früher Zeit erfahren hat ¹²⁾. Sponsor und Fidepromissor sollten nach dem Gesetze nur für einen bestimmten Zeitraum haften. Mit Ablauf desselben endete ihre Haftung ganz ebenso, als wäre sie vertragsmässig nur für gewisse Zeit übernommen. Was hat das mit dem Untergange der auctoritatis obligatio zu thun, oder gar mit dem Wegfallen der Vindication, wenn ein Anderer durch Usucapion Eigenthümer geworden ist?

Schwieriger, als die Ablehnung eines directen Zusammenhangs des biennium der lex Furia mit dem der zwölf Tafeln, dürfte der Beweis sein, dass die „Verjährung der obligatio sponsoris vel fidepromissoris“ ¹³⁾ sich ihrem juristischen Begriffe nach von der Verjährung der praetorischen Rechtsmittel unterscheide, also im alten Civilrechte keine Spur des Instituts zu finden sei.

Man pflegt über diese Frage leicht hinwegzukommen durch die anscheinend recht treffende Behauptung, die Klage gegen den Sponsor gehe nur unter, weil das ihr zu Grunde liegende Recht weggefallen sei ¹⁴⁾, wie die des früheren Eigenthümers einer usucapirten Sache; die actiones temporales dagegen gingen zu Ende, weil nicht geklagt werde. Allein steht es denn wirklich so fest, dass uns die beliebte Unterscheidung zwischen Recht und Klage nicht auch hier wie an andern Orten im Stiche lässt?

Zunächst wird, worauf vielleicht noch am wenigsten

12) Die ausführliche Darstellung dieser Massregeln bei Huschke a. a. O. S. 83—87.

13) So auch Keller R. CP. § 93 Anm. 1146.

14) Savigny, Syst. V § 250 Anm. 6. Keller a. a. O. Aehnlich Puchta, Kurs. d. Inst. § 208: „Jener Erfolg (Untergang der Forderung gegen den Sponsor) wird zwar durch Nichtanstellung der Klage während jener Zeit vermittelt, da ihre zeitige Anstellung den Verlust verhüten würde, aber diese Versäumniss ist nicht die positive Ursache des Erfolgs, der wahre Grund des Verlusts liegt auf der Seite des Gegners“. Dagegen zählt Savigny, Syst. IV § 299. 301. den Fall der lex Furia zu den Fällen, welche mit der Klagverjährung das gemein haben, dass die in einem bestimmten Zeitraum fortdauernde Unthätigkeit eines Berechtigten den Verlust seines Rechts zur Folge hat.

Gewicht zu legen ist, ganz derselbe Ausdruck, den Gaius ¹⁵⁾ von der Befreiung der Sponsoren braucht, bekanntlich in den Quellen ganz häufig mit andern gleichbedeutenden Redeweisen auch auf das Erlöschen der actiones temporales angewendet ¹⁶⁾. Worauf will man aber ferner bei den vom Praetor auf einen annus utilis beschränkten neu eingeführten Rechtsmitteln den Unterschied des zu Grunde liegenden Rechts von dem Stattfinden der actio stellen? Wenn eine neue Klage gegeben wurde durch die Edictsworte: intra annum actionem dabo, so hieß das nichts anderes, als: wenn gewisse factische Verhältnisse eintreten, und darauf hin binnen eines annus utilis ein Anspruch gerichtlich erhoben wird, so wird dieser Ausspruch gerichtlichen Schutz finden. Die versprochene Hilfe war von dem zeitigen Anbringen ebenso abhängig gemacht, wie von der Existenz jener factischen Verhältnisse. Erschien der Bedachte nicht innerhalb des annus nach Eintritt der im Edict vorausgesetzten Sachlage, so existirte für ihn des Praetors Schutz nicht mehr, es wurde ihm keine actio gegeben, die Thatsachen, auf welche er sein Anbringen hätte gründen können, waren nunmehr ebenso rechtlich irrelevant, als sie es gewesen, bevor das „actionem dabo“ im Edicte erschien.

Dies Verhältniß kann man sich recht klar machen an dem annus utilis, auf welchen einige Interdicta beschränkt waren. Dadurch wurden gewisse Thatsachen mit rechtlichen Wirkungen versehen, daß an einen auf Grund ihres Eintritts erbetenen obrigkeitlichen Befehl die Entstehung einer Obligation geknüpft wurde. Wenn nun der Praetor den Erlass dieses Befehls von dem zeitigen Anbringen des Gesuchs abhängig machte, so lag darin ausgesprochen, daß nach Ablauf der vorgeschriebenen Frist das betreffende Ereigniß ohne rechtliche Folgen sein sollte. Jene an den Erlass des Interdicts geknüpfte Obligation konnte nun nicht mehr entstehen,

15) Gaius III 121: Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur —

16) Vgl. Heimbach Ztschr. f. CR. u. Pr. I S. 437 ff. Büchel, civil-rechtl. Erörtergg. I S. 63.

und sie war ja das einzige Medium jeder rechtlichen Relevanz der vorausgesetzten Thatsache 17).

Mit Interdict und actio verhält es sich in dieser Beziehung ganz auf dieselbe Weise 18). Während dort ein individueller Befehl die Rechtspflicht begründete, that es hier ein genereller, der in den Edictsworten *actionem dabo* liegende. Hier wie dort ist das Angehn innerhalb des *annus* Bedingung zur Entstehung derselben. Hier wie dort läuft, nachdem das „*iudicium dabo*“, das „*vim fieri veto*“ oder „*restituas*“ seinen festen Platz im Edict gefunden, die Sache darauf hinaus, dass mit dem vorausgesetzten Umstande ein Rechtsverhältniss entstand. Darauf beruht ja eben die rechtsgründende Kraft des Edicts. Was formell für den Befehl des Interdicts oder das Versprechen der actio Bedingung war, das war materiell, für die *tuitio praetoris* bestehende Verbindlichkeit Zeitgränze, gesetzlich bestimmter *dies ad quem*.

Hieraus geht nun hervor, dass man mit demselben Rechte sagen kann, durch den *annus utilis* sei das Recht des Klägers beschränkt, als durch das *biennium* der *lex Furia* das des Gläubigers. Hier begrenzte ein Gesetz die Haftpflicht des Bürgen; dort hielt es der Praetor aus später zu erörternden Gründen für angemessen, dem Anspruche, der nur durch seinen Schutz bestand, eine zeitliche Schranke zu setzen. Das ist der ganze Unterschied 19).

17) Schmidt, Interdictenverfahren S. 120 f.

18) Auch in Bezug auf die processualische Form, in welcher das Abgelaufensein des *annus* zur Sprache kam, existirt zwischen Interdict und actio kein Unterschied. Ob der Magistrat sagte: „*intra annum actionem dabo*“ und dann die *annua exceptio* in die Klagformel inserirte — l. 30 § 5 de *pecul.* l. 1 § 10 *quando de pecul. sex mensium exceptio* in l. 48 § 2 de *aedil. edict.* — oder ob er das Interdict gleich mit dem „*si non plus quam annus est*“ versehn im Edict proponirte — l. 10 pr. *quae in fraud. credit.* l. 15 § 5 *quod vi aut clam.* Vgl. Schmidt a. a. O. S. 102 f. — kommt natürlich ganz auf eins hinaus. Bei Interdict und actio konnte ja die Verjährung auch anders, als in Form einer *exceptio* zur Sprache kommen. Savigny, Syst. V S. 354. Schmidt a. a. O. S. 118.

19) Die Frage nach dem Uebrigbleiben einer *naturalis obligatio* nach durchgedrungener *exceptio temporis* ist mit der hier beantworteten nicht identisch und wird weiter unten behandelt werden.

Daher ist mit der Formel, es gehe durch das biennium das Recht selbst und nur in Folge dessen die Klage zu Grunde, dagegen mit Ablauf des annus utilis von vorn herein die letztere, nichts gethan. Ebensowenig mit der Behauptung (Anm. 12.), dass die positive Ursache der Befreiung der Bürgen nicht in der Versäumniss des Gläubigers liege, sondern der wahre Grund auf der Seite (?) des Gegners zu suchen sei — so lange dieselbe nur auf Unterscheidung zwischen Endigung des Rechtes selbst und der Klage beruht. Vielmehr stehn sich, wenn nicht ein anderes unterscheidendes Moment nachzuweisen sein wird, beide Fälle ganz gleich²⁰⁾. Worin dieses Moment zu suchen wäre, kann nicht zweifelhaft sein. Wir werden wieder auf jene in § 1 entwickelte Frage geführt: Erlischt ein Recht, weil seiner Existenz gleich mit der Entstehung eine Zeitgrenze gesetzt ist, oder ist sein Untergang als Folge einer hinzutretenden dauernden Thatsache, insonderheit der Unthätigkeit des Berechtigten juristisch zu construiren. Für den Fall der lex Furia beantwortet sich diese Frage von selbst, für die praetorischen actiones temporales haben wir uns nunmehr mit derselben zu beschäftigen.

§ 3.

Die Annalklagen des Edicts. Poenalklagen.

Wie der Praetor zur Beschränkung gewisser Klagen auf einen annus utilis gekommen sei, wird gewöhnlich etwa in folgender Weise erklärt¹⁾. Als derselbe neue Klagen einführte, welche nach ius civile noch nicht bestanden, da ist es ihm aus verschiedenen Zweckmässigkeitsgründen angemessen erschienen, zugleich eine Frist festzusetzen, nach deren Verlauf dieselben nicht mehr anzustellen waren. Als solche Gründe werden bezeichnet, dass die richterliche Thätigkeit erleichtert werden sollte, indem neue Thatsachen besser zu ermitteln und zu beurtheilen sind, als alte²⁾. Ferner, das der durch die

20) Siehe auch unten § 8 a. E.

1) S. z. B. Puchta, Kurs. d. Inst. § 208.

2) Besonders hervorgehoben von Keller R. CP. bei Anm. 1147.

Neuerung ungünstiger Gestellte nicht in zu langer Ungewissheit billiger Weise gelassen werden durfte. Besonders nahe lagen solche Erwägungen für diejenigen Klagen, durch welche den Berechtigten ein Gewinn zuzuging, den Strafklagen.

Kaum wird aus der gegebenen Auffassung hervorgehn, dass wir in der Annalverjährung jenen Gedanken vom Untergange einer Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten wirklich vor uns haben. Rechtspolizeilichen Erwägungen konnte am Einfachsten dadurch Sorge getragen werden, dass der Praetor Rechten, welche nur durch seine Anerkennung existirten, nach bestimmter Zeit dieselbe entziehen zu wollen erklärte, ganz wie das Rechtsverhältniss zwischen Gläubiger und Sponsor nach der lex Furia durch Zeitablauf seine Gültigkeit verlor. Es sind ja für die letztere Bestimmung ganz ähnliche legislatorische Rücksichten massgebend gewesen ³⁾. Für Beantwortung der Frage, ob zwischen dem Untergange der actio und der Unthätigkeit des Klägers ein juristischer Causalzusammenhang vorliege, ist aus jenen Motiven, welche, wie weiter unten wahrscheinlich gemacht werden wird, nicht einmal als die entscheidenden angenommen werden können, keineswegs etwas zu entnehmen.

Auch das vermag ferner keinen Anhaltspunkt zu gewähren, dass der annus tempus utile ist. Diese Art der Zeitberechnung ist für den die Jurisdiction ausübenden Magistrat die gewöhnliche; ihm ist die Zeit von Einfluss und Wirkung, insofern in ihr die processualische Verfolgung der Rechte vorgeht, seine Handlungen und die der Rechtssuchenden an bestimmte Punkte und Fristen in derselben sich knüpfen. Daher berechnet er sie nach der experiundi potestas ⁴⁾. Darin liegt

3) Huschke, Gaius S. 85. Darauf führt auch die von Venuleius in l. 25 de stip. serv. referirte Entscheidung des Cassius über den Beginn des Laufs des biennium — tempus ex eo computandum, ex quo agi cum iis potuerit. —

4) Es ist gar nicht unwahrscheinlich, dass der annus utilis dem civilrechtlichen biennium continuum, wie es für die Usucapion, auctoritatis obligatio und diejenige ex sponsu vel fidepromissione vorkommt, sich anschliesst und ohngefähr gleichkommt. Jedenfalls hat diese Anknüpfung ungleich mehr für sich, als die Hypothese, welche die Institutionenverfasser irgendwoher aufnahmen oder aus eigener rechtshistorischer Kenntniss zugaben. Die Be-

noch nicht die Rechtsanschauung ausgesprochen, dass durch das Unterlassen des *experiri* das Recht zu demselben zu Grunde geht.

Endlich braucht es auf diesen Gedanken auch nicht zurückgeführt zu werden, dass die Ausschliessung der *intra annum* gegebenen Klage nach Ablauf dieser Frist, mag sie unmittelbar durch Verweigerung der Klagformel geschehn oder durch Einfügung einer *exceptio* in dieselbe bewerkstelligt werden, immer vom Antrage des Beklagten abhängig war, und somit die Geltendmachung der Annalverjährung als ein ihm eingeräumtes Recht erscheint. Diese Wirkung des Zeitablaufs passt ebensogut auf ein wegen Eintritt des vom Gesetze gestellten dies endigendes Recht; für die juristische Ursache des den Kläger treffenden Verlustes ist nicht das Geringste auf diesem Wege zu schliessen. Vielmehr steht auch in dieser Beziehung die vom Praetor statuirte Befreiung des Beklagten der der Bürgen aus der *lex Furia* und sogar derjenigen des der *auctoritatis actio* Haftenden völlig gleich. Der Einwand des Mancipanten, dass der Empfänger nachträglich durch *Usucapion* Eigenthum erworben habe, oder doch habe erwerben können, schliesst die Haftung aus dem durch die Mancipationsworte begründeten *Nexum* nicht aus, steht vielmehr zu dem Klaganspruche materiellrechtlich ganz im Verhältnisse einer *exceptio*. Es bedurfte auch hier einer Geltendmachung des ihm zu Statten kommenden Zeitverlaufs von Seiten des Beklagten; die Berufung auf seine durch Ablauf der *Usucapionszeit* erfolgte Befreiung war sein Recht⁵⁾. Ebenso der Sponsor und Fidepromissor. Die Bestimmung der *lex Furia* ist gewiss, wie andere dergleichen legislatorische Beschränkungen, durch eine *exceptio legis Furiae* realisirt worden⁶⁾,

merkung der Institutionen wird schon angezweifelt von Vinnius ad tit. Inst. de perpet. et temp. action. Die von Elvers, Themis N. F. 1. Bd. 1. Heft S. 127 ff. versuchte Rechtfertigung der Institutionenphrase ist gründlich und ausführlichst widerlegt von Arndts, Ztschr. f. CR. u. Proc. XIV § 1—32.

5) Böcking, Pand. II § 136 Anm. 7 a. E.

6) Wie zur Zeit des Legisactionenverfahrens, in welche beide Verjährungsfälle hineinreichen, der Einwand geltend gemacht worden sei, ist nicht

und das war dann eine *exceptio temporis* ganz wie die prätorische.

Vermögen wir somit dafür, dass der prätorische *annus utilis* auf der Rechtsidee des Untergangs eines Klagrechtes wegen Unthätigkeit des Berechtigten beruhe, keinen Anhaltspunkt zu finden, so kommt es nunmehr darauf an, denjenigen Gesichtspunkt hervorzuheben, von welchem aus sich mit Sicherheit behaupten lässt, dass im Gegentheile jene Frist nichts anderes ist, als eine dem Klagrechte anhaftende Zeitbeschränkung, ein wahrer *dies actionis* 7).

Zu dieser Erkenntniss kann Zweierlei führen. Einmal der Nachweis, dass Alles, was wir von der dogmatischen Gestalt der Annalverjährung wissen, die ganze Art und Weise, wie die Quellen von ihr reden, auf die gegebene Definition hinweist. Hierüber mag erst geredet werden, wenn wir die verschiedenen Fälle der Anwendung im einzelnen kennen gelernt haben. Ferner aber lässt sich, wie schon oben angedeutet, daraus Aufklärung über das Wesen der Annalverjährung entnehmen, dass die beschränkte Dauer der betreffenden Rechtsmittel überall als eine mit der juristischen Eigenthümlichkeit des Rechtsverhältnisses aufs engste zusammenhängende, aus ihr hervorgehende Eigenschaft erscheint, das diem

von Betracht. S. darüber Savigny, Syst. V S. 181. Keller, R. CP. § 36. Unterholzner, Schuldverhältnisse I S. 527. C. Sell, Jahrb. III S. 35 Anm. 11 nehmen an, die Obligation der Bürgen sei ipso iure erloschen. Der von letzterem aus den Worten des Gaius III 121: *item sponsor et fidepromissor per legem Furiam liberantur* — genomme Grund ist wohl so gut als keiner. Vgl. § 2 Anm. 14. Auch Savigny a. a. O. § 250 Anm. 6 ist für den Untergang ipso iure, weil eine *exceptio ex lege Furia* nicht erwähnt werde. Das kann aber bei der sehr spärlichen Ueberlieferung vom biennium der Sponsoren nicht von Entscheidung sein. Auch die prätorische *exceptio temporis* kommt selten genug vor.

7) *Diem actionis exire* ist ein sehr häufig für die Verjährung der alten *actiones temporales* gebrauchter Ausdruck. Er kommt in den Edictsworten vor l. 1 § 1 l. 21 *ex quib. caus. maior.*, bei Paulus l. 4 pr. *ne quis eum qui in ius voc.* l. 28 § 4 *de iudic.*, Ulpian l. 3 *de feriis*, l. 17 § 1 *ex quib. caus. maior.*, l. 18 § 1 *de pec. const.*, Papinian l. 49 pr. *ad SC. Trebell.*, Gaius l. 10 *quod fals. tut.* Auch *diem actionis abire* findet sich bei Ulpian l. 1 § 7 *ne quid in fraud. patr.*

exire als eine Qualität der einzelnen actio. So hat man denn auch, ausgehend von der irrigen Meinung, die alte Annalität sei ganz dasselbe, was die theodosianische Klagverjährung, nur eine vereinzelte Anwendung des später zur allgemeinen Geltung gelangten Instituts, ganz consequent die Sache so dargestellt, als lägen ersterer ganz dieselben Motive zu Grunde, welche die Kaiserconstitutionen mehr oder weniger klar aussprechen — nur hätten diese rechtspolizeilichen Betrachtungen für einige Rechtsmittel besonders nahe gelegen, und deshalb seien eben auch nur letztere der Verjährung, dem Untergange durch Unthätigkeit des Berechtigten unterworfen worden; — so z. B. die Darstellung bei Puchta (Anm. 1).

Das Ungenügende dieser Auffassung tritt gleich hervor bei dem Hauptfalle der Annalverjährung, den prätorischen Poenalklagen. Zwar mögen für ihre Einschränkung auf einen annus utilis auch vielleicht gewisse rechtspolizeiliche Rücksichten nicht ausser dem Spiele geblieben sein. Allein die Thatsache, dass gerade für die Poenalklagen die Annalität als durchgreifende Regel erscheint, wie auch die genaue Beziehung des Untergangs durch Zeitablauf zu dem durch den Tod des Berechtigten erfolgenden — zwei Erscheinungen, die gleich nachher behandelt werden sollen — vermögen sie nicht zu erklären. Puchta⁸⁾ sucht diese Erklärung in einer diesen Ansprüchen gemeinsamen Qualität, dass nämlich durch sie dem Kläger ein Gewinn zugeht. Allein das passt nur auf die zweiseitigen Strafklagen, während doch auch die einseitigen annales waren. Freilich weicht eben darin Puchta von der herrschenden⁹⁾ Ansicht ab, indem er die letzteren nur dann

8) Kurs. d. Inst. § 208: „Diese Rücksicht (Sicherheit für den Beklagten, nach Ablauf gewisser Zeit von der neu eingeführten Klage befreit zu sein) trat besonders ein, wenn der Prätor durch die verliehene Klage jemandem einen Gewinn verschaffte, also bei den Klagen auf eine Strafe; daher alle prätorischen Poenalklagen jener Verjährung unterworfen sind. Anm.: Mit Ausnahme der actio furti manifesti; denn durch diese verminderte der Prätor den Anspruch, den der Bestohlene nach ius civile gehabt hätte.“

9) Savigny, Syst. V S. 354 Keller R. CP. § 93. Ueber Puchta's angebliche Regel siehe unten § 7.

der Verjährung unterworfen sein lässt, wenn sie contra ius civile gegeben sind. Unter dem Gewinne scheint er zugleich auch (nach der citirten Anm.) den relativen Vorthail zu verstehen, welcher überhaupt in der Einführung der neuen Klage lag dem alten Rechte gegenüber. Allein nach diesem Massstabe hätte neben der actio furti manifesti auch die Injurienklage wegen membrum ruptum, welche früher auf Talio ging, als perpetua gegeben werden müssen; ferner in gewissen Fällen die actio vi bonorum raptorum, da das sie begründende Delict früher als furtum ¹⁰⁾ geahndet werden und dann natürlich unter das furtum manifestum fallen konnte ¹¹⁾. In beiden Fällen hatte ja der Prätor den Anspruch, den der Verletzte nach Zwölftafelrecht hatte, ganz ebenso gemildert, wie den gegen den fur manifestus durch Einführung der actio in quadruplum. Puchta ist zu seinem Gesichtspunkte durch eine Stelle des Gaius ¹²⁾ gekommen, deren Schwäche noch in anderer Beziehung bemerkt werden wird.

Auf einen andern, wie ich hoffe, ausgiebigeren Gesichtspunkt mag uns ein genaueres Eingehn auf die Verjährung der Poenalklagen führen.

Im Gegensatze zu dem ganz singulären Falle der lex Furia hat das Institut der Annalität, wie wir dasselbe im Edicte ausgebildet, von den Juristen behandelt finden, auf einen ganzen Kreis von Rechtsverhältnissen Anwendung gefunden. Wird dieser Kreis an einem Orte nur als ein recht weiter bezeichnet, so erscheint er dagegen nach andern Aeusserungen zugleich als ein scharf abgegrenzter ¹³⁾. Offenbar führt schon dieser Umstand auf die Frage, ob nicht das Wesen der von jener Zeitbeschränkung betroffenen Rechtsverhältnisse

10) Gaius III, 209.

11) l. 52 § ult. de furt.

12) Gaius IV, 111: furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione profisciscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta est.

13) Gaius IV 110 und danach pr. Inst. de perpetuis et temporal. action. vgl. mit l. 35 de O. et A. l. 21 § 5 de act. rer. amot. l. 3 § 4 nautae l. 22 § 6 de lib. caus.

zu einem Schlusse berechtige auf die juristische Bedeutung derselben.

Bei weitem die meisten der auf einen annus utilis beschränkten Rechtsmittel sind Strafklagen¹⁴⁾, und wir finden die begrenzte Dauer derselben im Gegensatze zu den zeitlich unbeschränkten reipersecutorischen als allgemeines Princip ausgesprochen¹⁵⁾. Neben dieser Regel tritt uns noch eine andere entgegen, die nämlich, dass alle Poenalklagen nicht gegen die Erben gehn¹⁶⁾. Unverkennbar stehen beide Beschränkungen in innerem Zusammenhange, wie sie äusserlich ganz parallel neben einander hergehn¹⁷⁾. Es besteht zwischen

14) Der Ausdruck Strafklagen wird hier im Sinne der l. 35 cit. gebraucht, so dass er ein- und zweiseitige Poenalansprüche im Sinne Savignys umfasst, wonach sich auch die Bedeutung der reipersecutorischen Klagen bestimmt. Savigny, Syst. V § 210 a. E.

15) S. die Stellen der Anm. 12 und Savigny a. a. O. S. 353.

16) S. dieselben Stellen und l. pr. de priv. del. l. 20 de poen. l. 22 de O. N. N. u. v. a. S. auch die folgende Anm.

17) l. 9 § 8 de reb. auct. iud. possid. l. 9 § 1 quod falso tut. l. 1 § 8 ne vis fiat l. ult. de pop. action. l. 4 § 6 l. 5. 6. de alien. iud. mut. caus. l. 19 quod met. caus. l. 7. 9 de relig. Die Worte des Gaius in letzterer Stelle: Unde miror, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit — werden verschieden erklärt. Mühlenbruch, Cession S. 300 und mit ihm v. Vangerow, Pand. § 145 Anm. 1 wollen das Wort perpetuo am Schlusse der Stelle nicht auf die zeitliche Dauer der Klage beziehen, sondern auf die Haftung des Erben, wogegen Puchta, Pand. § 88 Anm. c, Arndts, Pand. § 104 Anm. 1. die in factum actio wegen verhinderter Beerdigung unter die actiones quae vindictam continent einreihen. Gegen Mühlenbruchs Erklärung des perpetuo macht Puchta schon aus sprachlichen Gründen erhebliche Einwendungen. Auch das spricht gegen diese Interpretation, dass, obwohl der Ausdruck actio perpetua in Beziehung auf die Haftung des Erben gebraucht wird z. B. von Paulus in l. 17 quod met. caus., doch dem Gaius, welcher in einer andern im lib. XIX ad edict. provinc. ohne Zweifel in unmittelbarer Nachbarschaft der l. 9 cit. stehenden Stelle — l. 7 de relig. — mit dem Worte perpetua den Gegensatz der Annuität hezeichnet, schwerlich eine so verwirrende Diction zuzutrauen ist. Der Gedankengang des Juristen ist recht klar und für den im Text hervorgehobenen dogmatischen Zusammenhang beider Endigungsarten sehr bezeichnend: Es ist wunderbar, dass man allgemein (schon die Glosse fügt im Mühlenbruchschen Sinne zu

ihnen eine genaue dogmatische Beziehung, vermöge welcher sie stetig neben einander erscheinen, nicht blos hier und da zufällig zusammentreffen. So ergreifen beide Beschränkungen nicht nur, wo durch ein Rechtsmittel zugleich Erhaltung des Vermögens und Strafe angestrebt wird, nur den einen, den reipersecutorischen Anspruch; sondern auch da, wo der Anspruch nur auf Erhaltung geht, für den Beklagten aber zugleich eine Strafe in sich schliesst, scheidet sich wiederum ein bestimmtes Stück der Forderung aus, welches von jenem Untergange durch Tod des Verpflichteten und Zeitablauf erfasst wird, die Vermögensminderung des Beklagten im Gegensatze zu der schon aus dem Conditionenprincipe folgenden Herausgabe der Bereicherung. Vom Erben, wie *post annum* kann nur gefordert werden, *quod ad adversarium pervenit* 18).

Worauf beruht nun dieser Parallelismus, und ist er nicht im Stande, uns hinzuleiten auf das Grundmotiv der Annalität der prätorischen Poenalklagen?

Dass die Nichthaftung der Erben einer Poenalklage gegenüber eine reine Consequenz aus dem Wesen der Privatstrafe ist, scheint nicht wohl zu verkennen. Etwa anzunehmen, die Erben seien vom Prätor im Interesse der Billigkeit oder Zweckmässigkeit bei Einführung der Strafklagen von der Haftung befreit worden, ist schon deswegen unmöglich, weil auch die civilen Klagen jene Beschränkung an sich tragen,

dem constare hinzu: *scilicet imperitis*) der Ansicht zu sein scheint, diese Klage gehe weder activ noch passiv auf die Erben über, da ihr doch gewiss ein reipersecutorisches Motiv zu Grunde liegt. Einer Verjährung wenigstens ist sie nicht unterworfen, was doch — denkt der Jurist hinzu — consequenter Weise der Fall sein würde, wenn man dieselbe als auf einem vorwiegend poenalen Element beruhend auffassen wollte. Vgl. noch Glück, *Comment.* XI S. 452. Kierulff, *Theorie* S. 228 Anm. Savigny, *Syst.* V S. 200.

18) Auch in Bezug auf diesen Punkt wird geradezu aus dem Vorhandensein einer der beiden Erscheinungen auf das der andern geschlossen. Gaius l. 28 de dolo: — *Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio.* Aehnlich Ulpian in l. 1 § 48 und der sich unmittelbar daran schliessenden l. 3 § 1 de vi.

letztere als allgemeines Rechtsprincip ausdrücklich ausgesprochen ist ¹⁹⁾. Auch mit der Besserungstheorie des Paulus ²⁰⁾ wird sich Niemand begnügen wollen. Auf sichere Spuren ist vielmehr der Schluss gebaut, der Satz ausführlich begründet worden ²¹⁾, dass die römische Privatstrafe ursprünglich als eine Abfindungssumme zu betrachten ist, welche der Beschädiger dem Beschädigten dafür zahlte, dass letzterer auf die ihm zustehende Privatrache verzichtete, und dass in diesem Ursprunge der Strafobligation auch die Erscheinung des Nichtübergangs der Klage auf die Erben des Verpflichteten neben noch andern ihre sichere Erklärung findet. Die ursprüngliche Bedeutung der poena konnte, nachdem geregelte Verfolgung im Wege des Processes das einzige Mittel war zum Rechte zu gelangen, abhanden kommen; die aus der Richtung des Poenalanspruchs auf persönliche Genugthuung einmal hervorgegangene, von derjenigen rein vermögensrechtlicher Ansprüche verschiedene Behandlung der Strafklagen hat sich fort und fort im Rechte erhalten, und auf sie gründet sich jene Beschränkung der Wirkungen des Delicts auf die Person des Thäters, über welche das römische Recht nicht hinausgekommen ist ²²⁾.

Aufs engste hängt denn auch die zeitliche Beschränkung der prätorischen Poenalklagen mit ihrem dem reinen Vermögensrechte abgewandten juristischen Wesen zusammen. —

19) *Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores.* Ulpian in l. 1 pr. de priv. del,

20) l. 20 de poen.

21) Ihering, G. d. r. R. S. 121 ff. und die daselbst Angeführten. Huschke, Gaius S. 121 Anm. 14. S. 123. 126 f.

22) Auch dafür, dass die Römer die über Herausgabe der Bereicherung hinausgehende Entschädigung als Strafe auffassen und danach behandeln, giebt Iherings Auffassung genügende Erklärung, während letztere früher etwas Noth bereitete. So findet Savigny, Syst. V S. 50 den Grund jener Eigenthümlichkeit geradezu in einer den Römern vorgeworfenen irrigen Verwechselung der Begriffe von Entschädigung und Strafe. Kierulff, Theorie S. 229 sucht die römische Auffassung dagegen principiell zu rechtfertigen.

§ 4.

Fortsetzung. Die prätorischen Poenalklagen.

Dass der Verletzte anfangs sich beruhigte, dann aber vielleicht nach geraumer Zeit mit seinem Anspruche auf Genugthuung hervortrat, war wohl von jeher gegen die öffentliche Meinung und Sitte. Langes Zögern ist mit dem Rachenehmen als Bethätigung persönlichen Rechtsbewusstseins nicht zu vereinigen. Damit das Genugthuung heischende Auftreten des Beinträchtigten wirklich als Manifestation gekränkten Rechtsgefühls erscheine, muss es gleichsam auf frischer That Statt finden, dem Angriffe auf dem Fusse nachfolgen. Das Verfließen eines längeren Zeitraums zwischen Angriff und Vergeltung ist sehr geeignet, wenn nicht der letzteren ihren Charakter als solche ganz zu nehmen, doch denselben zu verwischen und zweifelhaft zu machen. Nur an einer Stelle kann der Anspruch auf Genugthuung als solcher bestehn, als durch den Angriff erregte und unmittelbar hervorgerufene Rückäusserung gekränkten Rechtssinns. Der Anspruch gelangt gar nicht dazu, sich von seiner Wurzel, dem gekränkten Rechtsgefühl in dem Sinne abzulösen, dass er wie die übrigen Rechte Bestandtheil des Vermögens würde, unabhängig im letzteren zu haften im Stande wäre. In Existenz und Dauer ist er von jener seiner Wurzel bedingt. Den Willen Genugthuung zu nehmen aber mag man nach Verlauf längerer Zeit billig als erloschen oder auch als gar nicht vorhanden gewesen betrachten.

Die Annahme, dass dieser unverkennbar im Wesen der römischen Privatstrafe begründete Gedanke der Beschränkung der Poenalklagen auf einen annus utilis zu Grunde liege, widerstrebt keineswegs die Art, wie diese Beschränkung im Rechte positive Anerkennung gefunden hat. Während nämlich die Nichthaftung der Erben wie auf prätorische Poenalklagen, so auch auf die civilen Klagen aus Delicten Anwendung fand und für sie von vorn herein gegolten hat, ist der annus utilis ein rein prätorisches Institut und als solches

Erzeugniss einer relativ späten Zeit ¹⁾. Es ist dasselbe, schon weil es eines bestimmt festgesetzten Zeitraums bedurfte, nur als Werk gesetzgebender Gewalt zu denken. Der ganzen Art und Weise, wie wir uns das Erfasstwerden des Systems der Privatstrafe durch die Legislation zu denken haben, wie auch dem auf einer vorgeschrittneren, von mässiger Billigkeit durchdrungenen Auffassung der Strafobligation beruhenden Charakter des Rechtsgedankens selbst, entspricht es vollkommen, dass derselbe erst zur positiven Norm zu werden vermochte, als das starre Zwölftafelrecht unter der Hand des Prätors zum gefügigen Materiale wurde.

Der Grund zur Ausbildung des Systems der Privatstrafe war durch die Gesetzgebung der Decemvirn gelegt. Einmal haben sie die Berechtigung, wegen rechtswidriger Beeinträchtigung der Person oder des Vermögens am Thäter Rache zu nehmen, ausdrücklich anerkannt ²⁾. Ferner ist ausdrücklich des *pacisci*, der Abfindung durch Zahlung einer Geldsumme Erwähnung geschehn ³⁾. Endlich ist noch ein Schritt weiter gegangen, die Summe der Abfindung für gewisse Verletzungen gleich festgestellt worden ⁴⁾. Weiter erfasste die Legislation das Institut der Privatstrafe nicht. Nur die Entscheidung der Fragen war gegeben: Wann tritt das Recht zur Rache ein und wie weit geht es im einzelnen Falle. Ebenso enthielt die *lex Aquilia* nur einen nackten Strafsatz.

1) Wie mehr oder weniger alle Institute, bei denen der Ablauf eines Zeitraums von juristischer Bedeutung ist, mögen sie auch noch in der unmittelbaren Rechtsüberzeugung der Nation ihre Wurzel schlagen. So *Usucapion* und die Erwerbung der *manus* durch *usus*. Vgl. Rossbach, Untersuchungen über die röm. Ehe S. 156 ff. Dass freilich die *Usucapion* *lege duodecim tab. introducta* sei — s. auch Deiters *de mancipationis indole et ambitu* S. 35 — sagt nicht einmal Gaius II, 42.

2) Festus s. v. *Talio*. Gellius N. A. XX, 1. Macrob. Saturn. I, 4. Gellius XI, 18. l. 54 § 2 de *fnrt.*

3) Festus l. c. Gellius XX, 1. für die *Injurie*. Es ist übrigens auch anzunehmen, dass hinsichtlich des *furtum* die zwölf Tafeln eine derartige Bestimmung enthielten. Huschke, Gaius S. 124.

4) Gellius l. c. Gaius III 190 ff. 223. Paulus S. R. II 12 § 11. Plinius H. N. XVII, 1.

Anders der Prätor, durch dessen Edict die Erweiterung und Fortbildung jenes Systems vor sich ging. Zwar ist auch sein Eingreifen zunächst durch das Bedürfniss veranlasst worden, einerseits mildere und zweckmässigere Strafsätze aufzustellen⁵⁾, andererseits durch neue Strafandrohungen die Ordnung gewisser seines Schutzes bedürfender Verhältnisse und die ungestörte Durchführung seiner Jurisdiction zu sichern. Allein, wie unter seiner Hand die Reihe der Delictsklagen allmählig individuell sich gliederte, der Begriff der einzelnen Delicte scharf gefasst und begrenzt wurde, so konnte es auch nicht fehlen, dass die dem ganzen Rechtsgebilde der Strafklagen gemeinsamen eigenthümlichen Gesichtspunkte hervortraten, das juristische Wesen der römischen Delictsobligation immer tiefer erfasst und in durchschlagenden Consequenzen anerkannt wurde.

Zunächst wurde es Grundsatz des prätorischen Rechts, dass die Strafklagen nicht gegen die Erben des Thäters gingen. Dies war nichts neues. Zwar war es als Rechtssatz nirgends ausgesprochen. Allein es war schon durch strenge Interpretation der alten Strafbestimmungen zu gewinnen, wie es sich denn in den Worten der *legis actio* bestimmt ausdrückte. Denn die Behauptung, dass der Beklagte die im Gesetze mit Strafe belegte Handlung vorgenommen habe, welche der Kläger wörtlich⁶⁾ seiner Streitrede einfügen, darauf die Forderung des ihm Gebührenden gründen musste, traf den Erben gegenüber nicht zu; die *legis actio* fiel von selbst durch den Tod des Thäters hinweg.

Neu dagegen war, dass der Prätor seine Poenalklagen nur *intra annum* geben zu wollen erklärte, dem *post annum* Auftretenden seinen Schutz versagte. Diese Einschränkung des klägerischen Rechtes war gerade in demjenigen Falle, für welchen der Prätor zuerst eine neue Klage gab, besonders nahe liegend. Wir haben allen Grund, anzunehmen, dass die

5) Gellius, Gaius II. cc.

6) Gaius IV, 11 — unde qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret — Huschke a. a. O. S. 125 Anm. 27.

ästimatorische Injurienklage die älteste prätorische Poenalklage ist 7). Wie bei dieser Klage dem richterlichen Ermessen der grösste Raum gegeben war, so wird überhaupt das prätorische Injurienrecht als auf der *aequitas* beruhend von den Juristen behandelt. Namentlich leiten sie, dass durch *dissimulatio*, *pactum*, *transactum*, *iusiurandum exactum* die *iniuriarum actio* vernichtet wird, aus jener *aequitas* ab 8). Hinsichtlich der die gesamte Existenz der Obligation vernichtenden Kraft des *pactum* wird die *iniuriarum actio* den *bonae fidei iudiciis* und der *dotis actio* in bezeichnender Weise gleich gestellt 9). Es war denn auch dieselbe freiere, das materielle Wesen der Genugthuungsforderung berücksichtigende Auffassung, welche dazu führte, ein Erlöschen der Klage durch Zeitablauf anzunehmen; so dass die Beleidigung als gesühnt erschien, als wäre sie verziehen worden. Nicht undeutlich blickt diese Anschauung in der l. 17 § 6 cit. von Ulpian hervor

— nam et si nuda voluntate iniuriam remiserit, indubitate dicendum est, extinguere iniuriarum actionem non minus quam si tempore abolita fuerit iniuria. —

Von der Injurienklage ist dann der *annus utilis* in die Formeln der übrigen Poenalklagen übergegangen, und die Endigung der Strafobligation durch Zeitablauf ist, in enge dogmatische Verbindung tretend mit jener andern durch den Tod des Verpflichteten herbeigeführten, zur durchgreifenden Regel für alle prätorischen Strafklagen geworden. Diese letztere Thatsache steht fest und ist unabhängig von der Richtigkeit der über das erste Auftreten des *annus utilis* der Strafklagen gegebenen Vermuthung. Die einjährige Dauer ist eine eigenthümliche, charakteristische Eigenschaft der römischen Strafobligation und beruht, was aus dogmatischen Gründen mit Nothwendigkeit hervorgeht und aus historischen wahrscheinlich zu machen versucht worden ist, auf dem innersten Wesen des Rechtsbegriffs der Privatstrafe.

7) Die Gründe dafür siehe bei Huschke a. a. O. S. 127 ff.

8) l. 11 § 1. l. 17 § 6 de iniur.

9) l. 27 § 2 de pactis.

Daraus erklärt sich auch die sonst befremdende Erscheinung, dass die für die prätorischen Klagen durchschlagende Regel für die Interdicte keineswegs zutrifft. Zwar sind diejenigen, welche *annalia* sind ¹⁰⁾, poenaler Natur, allein andere mit eben so unverkennbarem poenalen Elemente sind *perpetua*. Bei allen Interdicten ist naemlich dieses Element nicht das principale; es lässt sich nicht sagen, dass der Gesichtspunkt persönlicher Genugthuung, der den Strafklagen als Kern ihres Wesens innewohnt, bei jenen in erster Linie massgebend sein könne. Das folgt schon aus der Function, für welche jene Rechtsmittel ursprünglich bestimmt waren, dem Bedürfnisse, welches den Interdictenprocess hervortrieb ¹¹⁾. Mit den Legisactionen aus den Strafsätzen der zwölf Tafeln verfolgte man Genugthuung für persönliche Kränkung, ungerechten Angriff auf Person oder Habe; ebenso mit den prätorischen Poenalklagen. Ganz andere Zwecke hatte der Prätor damals vor Augen, als er in das Rechtssystem der Decemviralgesetzgebung ergänzend eingriff. Mochten es religions- oder sicherheitspolizeiliche Rücksichten sein, die sein Einschreiten veranlassten, oder galt es Verhältnisse zu regeln, welche sonst für persönliche und ökonomische Wohlfahrt von Wichtigkeit waren, ohne vom starren nur auf *meum esse, dare oportere, damnum decidere oportere* der Legisactionen gerichteten Rechte erfasst zu werden — immer erschien der prätorische Strafbefehl als Schutz, als Mittel der Erhaltung, sei es im öffentlichen oder privatrechtlichen, im polizeilichen oder vermögensrechtlichen Interesse. Eigentliche Strafklage war kein Interdict. Die Juristen freilich haben später bei der dogmatischen Verarbeitung des Edictsmaterials, auch an diesen Rechtsmitteln ein poenales und ein rein reipersecutorisches Element unterschieden und die auf ersterem beruhenden Seiten des Rechts-

10) *Interdictum de vi quotid.* l. 35 de O. et A. Cic. pr. Tullio 44; *Quod vi aut clam* l. 15 § 5 *quod vi aut clam*; *interd. fraudatorium* l. 10 *quae in fraud. credit.* Schmidt, *Interdictenverf.* S. 117 ff.

11) Ueber die ursprüngliche Bedeutung des Interdictenverfahrens vgl. die erschöpfende Ausführung von Schmidt a. a. O. S. 298 ff. S. auch Keller R. CP. § 22.

verhältnisses demgemäss construiert ¹²⁾. Wo sie indess versuchen, die Annalität der Interdicte unter den für die eigentlichen actiones entscheidenden Gesichtspunkt zu bringen, da musste nothwendig Unklarheit entstehn ¹³⁾.

So ist die Annalität der in Anm. 10. genannten drei Interdicte eine ganz einzeln stehende Erscheinung. Der Grund, weshalb der Prätor gerade bei ihnen sein Einschreiten vom schnellen Anrufen abhängig machte, ist nicht schwer zu finden. Sowohl die Dejection als das *quod vi aut clam factum est* erfordert schleunige Untersuchung und Feststellung; sonst wird es selten möglich sein, den Thatbestand genau zu erheben. Vielleicht ist es mehr der öffentliche Charakter, das Hinterlassen deutlicherer Spuren, als die grössere Strafwürdigkeit ¹⁴⁾, weshalb der Formel des *interdictum de vi armata* das „in hoc anno“ nicht eingefügt wurde ¹⁵⁾. Die einjährige Dauer des *interd. fraudatorium* wird sich ebenso auf die grosse Schwierigkeit zurückführen lassen, mit welcher der Nachweis derartiger Defraudationen der Natur des Verhältnisses nach verbunden ist.

Dass die poenalen Interdicte deshalb noch nicht *annalia* sind, ist für diejenige Ansicht, nach welcher die Annalität der Poenalklagen eine aus dem juristischen Wesen der Straf-

12) S. z. B. l. 22 de O. N. N. l. 8 § 8 de prec. l. 15 § 3 *quod vi aut clam*.

13) In l. 35 de O. et A.: In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt; ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali, et in *interdicto Unde vi*, et similibus — sagt Paulus an sich etwas ganz richtiges. Denn die Regel, dass alle einjährigen prätorischen Rechtsmittel gegen den Erben nur auf die Bereicherung gehn, passt auch auf die einjährigen Interdicte. Nur in der Anknüpfung an die andere Regel im Anfange der Stelle liegt die Unklarheit. Ohne diese Verbindung wäre der Ausdruck „*honorariae actiones*“ im engeren Sinne zu verstehn, wie in l. 8 de popul. action. Vgl. Schmidt a. a. O. Gegen die Behauptung Ulpian's in l. 8 wäre dann kaum, wie Schmidt will S. 128 Anm. 10 etwas einzuwenden.

14) Schmidt a. a. O. S. 124.

15) Cicero ad famil. XV, 16.

obligation zu erklärende Eigenthümlichkeit derselben ist, demnach gerade ein unterstützendes Moment; ihre Perpetuität ist keine Ausnahme von der Regel, sondern eine Folge davon, dass sie gar nicht in den Bereich derselben fallen.

Dagegen giebt es allerdings auch einige Ausnahmen, einige prätorische Poenalklagen, welche perpetuae sind. So die actio servi corrupti ¹⁶⁾, die actio in factum gegen nautae etc. ¹⁷⁾, die actio de effusis et deiectis aus eigenem Recht ¹⁸⁾. Vielleicht lassen sich diese Abweichungen vom Princip daraus erklären, dass die genannten Klagen sämtlich Fälle des damnum iniuria datum betreffen, welche der Prätor mit einem über den der lex Aquilia hinausgehenden Strafsatze versah. Ebenso beruht, dass die actio depositi in duplum perpetua ¹⁹⁾ ist, auf ihrer genauen Beziehung zur actio furti; schon die zwölf Tafeln hatten den Dolus des Depositors wie Diebstahl bestraft ²⁰⁾.

Die Perpetuität anderer Poenalklagen folgt endlich daraus, dass ihre Formeln nicht vom Prätor herrühren, sondern ihre intentio sich an die Worte der alten legis actio ex lege XII tab. unmittelbar anschliesst. Hier konnte der Prätor nicht beschränken, nicht vorbehalten, weil er nicht gab. So die actio de rationibus distrahendis und die actio arborum furtim caesarum, welche zwar poenales sind ²¹⁾, aber nicht aus dem Edict, sondern ex lege XII tab. zustanden ²²⁾. Ebenso verhält es sich mit den Diebstahlsklagen, von denen nur die actio furti prohibiti und non exhibiti prätorische waren ²³⁾ und deswegen gewiss auch annales. Hinsichtlich der actio furti manifesti sieht Gaius ²⁴⁾ nicht das Richtige. Der Prätor

16) l. 13 pr. de serv. corr.

17) l. 7 §. 6 nautae.

18) l. 5 § 5 de his qui effud.

19) l. 18 depos.

20) Paulus S. R. II, 12 § 11.

21) l. 1 § 23 de tutel. l. 9 § 6 arb. furt. caes.

22) l. 55 § 1 de admin. et pericul. l. 1 § 2 de susp. tut. l. 1 arb. furt. caes. l. 11 eod. Anders für die actio de ration. distrahendis Unterholzner, Verjährungslehre II S. 341. 7.

23) Gaius III, 192. § 4 Inst. de oblig. quae ex del.

24) Gaius IV, III.

hat an die Stelle der Capital- eine Geldstrafe gesetzt; insofern sagt jener ganz richtig: *quadrupli actio praetoris edicto constituta est* ²⁵⁾. Allein *introducenda* ist die Klage nicht durch das Edict, wie denn dies der Jurist auch nur von wirklich neugegebenen Klagformeln sagt z. B. von der *actio furti prohibiti*, der *actio vi bonorum raptorum* ²⁶⁾. Vielmehr hat im Formularverfahren auch zur Verfolgung des *fur manifestus* die Civilklage nur mit veränderter *condemnatio* gedient, durch welche aus dem *furtum nec manifestum* geklagt wurde, deren *intentio* auf *pro fure damnum decidere oportere* ging ²⁷⁾. Deswegen war die *actio furti manifesti perpetua*, nicht weil der Prätor die Lage des Diebs gemildert hatte ²⁸⁾.

§ 5.

Das Quinquennium der querela inofficiosi.

Bestätigt wird das Ergebniss, dass der *annus utilis* der prätorischen Poenalklagen nicht nur eine aus allgemeinen rechtspolizeilichen Erwägungen fließende Massregel, sondern eine mit dem Rechtsbegriffe der römischen Privatstrafe genau zusammenhängende, aus ihm heraus zu erklärende Erscheinung ist, noch dadurch, dass, wo wir sonst im römischen Rechte auf den gleichen oder einen naheverwandten Rechtsgedanken stossen, auch die beregte Erscheinung, der dies ac-

25) Gaius III, 189.

26) Gaius III, 192. 209.

27) Gaius IV, 37. 45 und namentlich l. 9 § 2 de minorib. von Ulpian — Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis, quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur. Ueber die Formel Huschke, Gaius S. 121.

28) S. oben § 3 bei Anm. 9. Noch schwächer, als die des Gaius ist die Begründung in pr. Inst. de perpet. et temporal. action. — absurdum enim esse existimavit, anno eam (act. furt. manif.) terminari. — Azo, Summa in IV libr. Inst. tit. de action. 45: propter cuius criminis immanitatem praetor aestimavit absurdum eam terminari anno. Auch damit hat man das absurdum esse erklärt, dass res furtivae nicht ersessen werden konnten z. B. Marcilius ad Inst. h. l. Andre Commentatoren sind schon auf des Gaius Grund gekommen, so Vinnius ad h. l.

tionis, nicht fern ist. Zunächst wenden wir uns zur Betrachtung eines einzelnen Rechtsmittels, welches wegen seines Ursprungs und seines entschieden ausgeprägten Characters für unsern Gegenstand sehr lehrreich ist. Unmittelbar schliesst sich nämlich für diese Untersuchung an die Klagen, durch welche Verletzungen der Persönlichkeit geahndet wurden, die *querela testamenti* mit ihrer fünfjährigen Verjährung an. Zur Erkenntniss dieses Zusammenhangs muss auf das Wesen dieser Klage ausführlicher eingegangen werden.

Beruhend auf dem unmittelbaren Rechtsbewusstsein des römischen Volkes ¹⁾, allmählig herausgebildet durch die Praxis des Centumviralgerichts, hat die Querel ihr ursprüngliches Gepräge immer recht unverwischt an sich getragen. Für ausgemacht kann gelten, dass dieselbe nichts war, als eine *hereditatis petitio*, welche nur das Eigenthümliche hatte, dass der Schwerpunkt der gerichtlichen Erörterungen auf die Frage fiel, ob der Querulant *inofficiose* beeinträchtigt sei ²⁾. Wie sich dies freilich im einzelnen gestaltete, ist schwieriger

1) Bekannt ist das Missverständniss des Cuias, *Observv.* II, 21, XIV, 14. Man pflegte sich für die Annahme, dass die Querel durch ein Gesetz eingeführt sei, auch wohl auf das „*prisca iura*“ in l. 31 de inoff. und das „*ex antiquis legibus*“ in l. 32 eod. zu berufen. Dagegen Donell, *comm.* lib. 19. c. 4. Umgekehrt hat man, dass die Querel auf Gewohnheitsrecht beruhe, in gewissen Stellen finden wollen l. 1. 5 h. t. Claudius Chifletius de *portion. legitim.* Cap. IV bei Otto, *Thes.* V p. 727.

2) Schneider, die allgem. subsidiären Klagen des röm. Rs. §. 455 ff. Francke, *R. d. Notherben* S. 253 ff. Leist, *bon. poss.* III S. 40. v. Vangerow, *Pand.* §. 478 Anm. Die Gründe für diese Annahme finden sich schon ziemlich vollständig bei Voet, *Comm. ad Dig.* V, 2 cap. 4. Eine deutliche Hinweisung auf die Art und Form der Klage enthalten namentlich in l. 17 h. t. die Worte: *et ideo universam hereditatem non recte vindicasset*, wo aus dem Gebrauche des *Plusquamperf.* hervorgeht, dass eben das *ex inoff. test. agere* einige Zeilen vorher damit gemeint ist. Ferner ist l. 8 § 13 h. t. lehrreich. Das „*querelam in modum contradictionis inducere*“ beweist, dass wenn der Beeinträchtigte als Kläger auftrat, das *inofficiosum dicere* in der Vindication selbst enthalten war. Die gewöhnlich angeführten Stellen, s. bei Vangerow und Francke, scheinen weniger beweisend, da sich die Juristen in jedem Falle ohne grosse Ungenauigkeit unter hauptsächlichlicher Berücksichtigung des Endresultats wie in diesen Stellen ausdrücken konnten.

zu bestimmen. Ganz abgesehen von der in factum concipirten Formel, welche Fabricius für sein angebliches provisorisches Rechtsmittel aufgestellt hat³⁾, erscheint auch die von Huschke vorgeschlagene Fassung: *hanc ego hered. meam ex iure Quir. esse aio ex causa inofficiosi testamenti* als sehr zweifelhaft. Einmal ist, wie Leist bemerkt, die Analogie mit der *adiecta specialis causa* bei der Vindication keineswegs zutreffend; ferner ist aber auch ein *hereditatem meam esse ex causa inoff.* keine juristisch treffende Behauptung; nicht die Inofficiosität, sondern das Intestaterbrecht ist der Grund der *hereditatis petitio*. Es ist das Wahrscheinlichste, anzunehmen, dass der Verletzte ganz die gewöhnliche Erbschaftsklage anstellte ohne irgend einen Zusatz und nur zur Beseitigung des eingewandten testamentarischen Erbrechts die Inofficiosität zur Sprache zu bringen und zu erweisen hatte. Ebenso wie im Falle eines *testam. ruptum* oder *irritum* eine besonders gestaltete Erbschaftsklage nicht gebraucht, sondern nur etwaigen Berufungen auf das Testament die Nichtigkeit desselben entgegengehalten wurde, so war es sicher auch bei dem *test. inofficiosum*. Der für die Querel ganz gewöhnliche Ausdruck *inofficiosum dicere*⁴⁾ bedeutet nichts anderes, als das häufige *irritum, ruptum dicere*, mit welchem es auch zusammengestellt wird⁵⁾. War der durch das Testament Verletzte Erbschaftsbesitzer, so setzte er einer etwaigen Klage der Testamentserben gleich die Inofficiosität des letzten Willens als einfachen Widerspruch entgegen⁶⁾.

Immer fiel aber der Kern der Verhandlungen in die Rescissionsfrage. Daher ist denn auch das rescissorische Element für die Behandlung der Querel massgebend gewesen und hat zu einer Anzahl Singularitäten geführt, die sich an diesem Rechtsmittel bemerken lassen.

Zwei Anschauungen sind es, welche ein Abgehn von dem *uti legassit* der zwölf Tafeln vermittelt haben. Zunächst die

3) Vgl. Leist a. a. O. S. 40 Anm. 4.

4) z. B. l. 10 § 5 de bon. poss. contr. tab. l. 132 de V. O.

5) l. 8 § 12 de inoff.

6) Vgl. l. 8 § 13 h. t. Anm. 2.

vom color, quasi non sanae mentis testator fuisset. Ebenso unverkennbar liegt ferner der Querel der Gedanke zu Grunde, dass wer gewissen im nächsten verwandtschaftlichen Verhältnisse stehenden Personen, ohne dass diese sich seiner Achtung und Fürsorge unwürdig gemacht haben, die Erbfolge in seinen Nachlass ganz oder über einen gewissen Theil hinaus entzieht, sich einer zu missbilligenden Lieblosigkeit gegen dieselben schuldig mache. In welchem Verhältnisse stehn nun diese beiden Anschauungen zu einander? Dies lässt sich einfach so bestimmen, dass die zweite der Grund ist, auf eine Rescission des Testaments auszugehen, die erste das zur Erreichung dieses Zwecks in Anwendung gesetzte Mittel. Es ist leicht einzusehn, dass ein Testament, weil sich in seinen Anordnungen ein Mangel an Pietät, eine verletzende, Achtung und verwandtschaftliche Beziehung aus den Augen setzende Gesinnung aussprach, nicht ungültig war. So leicht pflegte man in Rom von der Höhe „ethischer Weltanschauung“ nicht über die Grundpfeiler des Rechts hinwegzuspringen. Daher die Fiction quasi non sanae mentis testator fuisset.

Wenden wir uns zum Grunde des Anspruchs auf Rescission. Jene verletzende, die Person des Ausgeschlossenen als eine der Achtung des Testators entbehrende bezeichnende Handlungsweise erschien den Römern nicht etwa als gegen die Sitte, die honestas oder die öffentliche Wohlfahrt verstossend, so dass sie vielleicht eine Nichtigkeit der Verfügung oder ein Einschreiten der sittenrichterlichen Gewalt des Censor herbeigeführt hätte. Vielmehr, und das ist bezeichnend für römische Denkungsweise und stimmt ganz zu dem in neuerer Zeit so scharf hervorgehobenen Beruhen des Rechts auf dem Principe des subjectiven Willens — stellte sie sich dar als eine dem Betroffenen zugefügte Unbill, als ein Angriff auf seine Ehre, eine Verletzung seiner Persönlichkeit. Ganz unverkennbar tritt diese Auffassung in den Quellen hervor. Nicht nur in Pandectenfragmenten wird von diesem Gesichtspunkte ausgegangen 7), sondern noch Constitutionen von

7) l. 4. 18. 22 h. t. von Gaius, Ulpian, Tryphonin.

Diocletian und Maximian ⁸⁾ reden ganz in diesem Sinne. Obgleich also die Querel keine Delictsklage ist, sondern eine heredit. petitio, so trägt sie doch die Bestimmung, einen Anspruch auf Genugthuung zu realisiren. Der Urheber der Kränkung existirte nicht mehr; es konnte sich der Angriff des Verletzten nur gegen das richten, was noch vorhanden war als Träger seines Willens, das Testament, den durch Bekleidung mit der solennen Form den Tod überdauernden Willen selbst, das iudicium defuncti ⁹⁾. Der gegen dies iudicium gerichtete Angriff erscheint als Anschuldigung, das gehaltene Gericht als eine Untersuchung, die zur Verurtheilung oder zur Abweisung der Anklage führt. So werden für das Anbringen der Querel Ausdrücke gebraucht, welche sonst das Beantragen einer Untersuchung zu bezeichnen pflegen, accusare ¹⁰⁾, arguere ¹¹⁾. Ferner scheint für das Erheben der Querel das Wort subscribere gewöhnlich gewesen zu sein ¹²⁾, welches sonst vom Unterschreiben einer Anklageschrift gebraucht wird und daher eine schriftliche Anklage bezeichnet. Ebenso wird gesagt querelam deferre ¹³⁾. Die Durchführung der Querel bezeichnet man mit perferre quaestionem, actionem inofficiosi testamenti ¹⁴⁾, welches Verbum im technischen Sinne auf Accusationen Anwendung findet ¹⁵⁾. Der dem Kläger

8) c. 25. 18 h. t.: offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsus esse. c. 19 eod.: ad id odium incitatus est. c. 4 de lib. praeter.: et quam iniuria dignam pater existimavit von Justinian. Als Ursache inofficiosi Verfahrens werden häufig Aufreizungen durch Dritte vorausgesetzt. l. 3 h. t. von Marcell, l. 4 eod. von Gaius.

9) Daher voluntatem patris accusare c. 8 h. t. von Alexander, iudicium damnare l. 19 h. t. von Paulus.

10) z. B. l. 17. 22 pr. 29. 31 h. t. c. 8 h. t. Plinius epp. V, 21 (9 bei Keil). In der Sprache der späteren Kaiser ist diese Redeweise durch die Phrasen querelam, auch wohl quaestionem (c. 27) de inofficioso oder inofficiosi movere verdrängt worden.

11) z. B. l. 28. 31 §. 2 h. t., wie das Wort auch von der Anfechtung eines Testaments als falsum gebraucht wird l. 18 de accusation.

12) Plinius epp. V I. 6. 10.

13) Valer. Maxim. memor. hist. VII, 7, 5.

14) l. 16 § 1 h. t. l. 76 pr. de legat. II von Papinian.

15) z. B. l. 14 § 8 de bon. libert. c. 8 de his quib. ut indign. l. 10 ad SC. Turpill.

günstige Erfolg wird so bezeichnet: *quasi furiosae (matris) iudicium ultimum damnatur* 16).

Nach allem diesen wohnt der Querel, obwohl sie ein Mittel ist, Vermögensrechte in Anspruch zu nehmen, doch unverkennbar ein dem Vermögensrechtlichen abgewandter Character inne, der einer durch persönliche Kränkung hervorgerufenen auf Ahndung gerichteten Rechtsverfolgung. Aus ihm erklären sich sämtliche Eigenthümlichkeiten des Rechtsmittels, die Subsidiarität 17), die Eigenschaft als *actio quae vindictam continet* 18), die durch ihre erfolglose Anstellung begründete Indignität 19), die grosse Geneigtheit der Juristen, die Querel auszuschliessen, weil der Beeinträchtigte sich von vorn herein gar nicht gekränkt gefühlt, oder seinen Sinn geändert hat 20). Daher das *iudicium defuncti agnoscere, amplecti, eligere*. In l. 15 § 1 h. t. erinnert die *mutata voluntas* recht an das *nuda voluntate iniuriam remittere* in l. 17 §. 6 de iniur. 21). Auch die Zusammenstellung des *constituere non agere* mit dem *tempore excludi* in l. 23 § 2 h. t. von Paulus legt es nahe, an die gleiche Parallele Ulpian in l. 17 §. 6 cit. zu denken. Wie ferner Ulpian in l. 11 § 1 de iniur. von der iniur. actio, so

16) Paulus l. 19 h. t.

17) Schneider a. a. O. S. 440 ff. erklärt die Subsidiarität der Querel aus der Scheu vor den Manen Verstorbener. Dieser künstlichen Erklärung bedarf es nicht. In dem ganz exorbitanten Wesen der Klage, vermöge dessen sie, auf persönlicher Verletzung beruhend, das Fundamentalprincip des gesamten Vermögensrechts, die Willenssouverainetät, über den Haufen warf, ist es schon begründet, dass sie ein *ultimum adiutorium* war.

18) l. 7 h. t. Die Querel wird der Injurienklage als zweiter Hauptfall zugesellt, und an beide werden die übrigen *vindictam spirantes* als *similes* angereiht l. 1 § 8 si quid in fraud. patr.

19) l. 8 § 14 l. 22 h. t.

20) Durch eine Präscription, Modestin lib. singul. de praescriptionibus l. 12 § 2 h. t. Irrthümlich bezieht v. Vangerow Pand. § 481 Anm. 2., die Stelle auf das Quinquennium.

21) Mannichfache Analogien zwischen Querel und iniuriarum actio sind zusammengestellt bei Cuiac, Observv. XVI, 17. Derselbe schliesst seine Vergleichung mit dem Resultate: *exheredationem iniuriae speciem esse*. Auch von Francke R. d. Notherben S. 252 wird die Verwandtschaft beider Klagen hervorgehoben.

sagt in c. 1 de in integr. rest. min. Kaiser Alexander von der Querel, sie werde durch dissimulatio verwirkt.

Auf dem dargestellten Grundprincipe der Querel beruht denn auch — und das ist der Punkt, weshalb es dieser Erörterung bedurfte — die Verjährung derselben²²⁾. Auch der durch Ausschliessung vom Pflichttheil Verletzte soll die ihm widerfahrene Unbill binnen bestimmter Zeit abnden. Auch hier musste die Erhebung der Klage als unmittelbare Aeusserung gekränkten Sinnes erscheinen, als Bethätigung eines auf Genugthuung gerichteten Willens. Deshalb ist durch das Rechtsbewusstsein des Volks und die sich ihm anschmiegende Praxis des Centumviralgerichts längeres Zögern ausgeschlossen, dem Verstreichen eines bestimmten Zeitraums, ohne dass der Verletzte sich rührt, die Wirkung zugeschrieben, den Anspruch desselben auszuschliessen²³⁾. Es stellt sich die Verjährung der Querel als in Quelle und Wesen der der prätorischen Poenalklagen ganz gleichartig dar. Beiden liegt die römische Anschauungsweise zu Grunde, dass Klage auf Genugthuung in gerichtliche Form gebrachte Wiedervergeltung ist, und dass letztere, um dies zu sein, wenn nicht der Verletzung auf dem Fusse folgen muss, doch nicht durch Ablauf eines längeren Zeitraums von ihr getrennt sein kann. Wie durch die frei schaffende Thätigkeit des Prätors, so konnte auch in der lange flüssigen Praxis des Volksgerichts²⁴⁾ letztere Consequenz zu positiver Form gelangen, während das starre

22) l. 8 § 17 l. 9. 23 § 2 h. t. c. 16. 34. 36 § 2 h. t. c. 2 in quib. caus. in integr. rest. nec. non est. c. 5. Cod. Theodos. h. t.

23) Francke a. a. O. S. 312 f. findet einen hinreichenden Grund für die Verjährung der Querel in ihrer Natur als ausserordentliches Rechtsmittel, durch welches ein an sich gültiges Testament umgestürzt werden soll, und secundo loco als nicht begünstigtes Rechtsmittel. Wenn sich nicht, wie im Texte versucht wird, ein ebenso nahe und doch tiefer liegender Grund auffinden liesse, könnte man sich mit dieser etwas allgemeinen Erklärung vielleicht begnügen.

24) Die Stellung des Prätors und des Centumviralgerichts dem Rechte gegenüber war eine sehr ähnliche, die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Ausbildung desselben auch dem genannten Gerichte gegeben. Cicero de orator. I, 38. 56. Quintilian J. O. IV, 2 § 5.

ius civile mit seinen einmal unbedingt ausgesprochenen Strafsätzen sich ihm verschloss.

Unterstützt wird diese Darstellung dadurch, dass nach einer Notiz des jüngeren Plinius die Querel zur Zeit dieses Schriftstellers in einem biennium verjährte²⁵⁾. Erinnern wir uns nun, dass für mehrere Verhältnisse des alten ius civile ein biennium vorkam, und dass der annus utilis des Edicts wahrscheinlich jener civilrechtlichen Frist nachgebildet ist, so wird es recht glaublich, dass auch die zweijährige Verjährung der Querel an dieselbe sich anschliesst. Hier ist aus dem biennium kein annus utilis gemacht worden, weil die Querel nicht durch die Hände des Prätors gegangen ist.

In die Zeit nach Plinius und vor Ulpian fällt die Erweiterung der Verjährungsfrist auf ein Quinquennium²⁶⁾. Dass sie bald nach ersterem geschah, wird ganz wahrscheinlich deswegen, weil das Quinquennium mit dem für die Verjährung der Statusklagen post mortem defuncti festgesetzten zusammenzuhängen scheint. Um die Zeit des Kaiser Nerva ist aber bekanntlich der früher schon hier und da hervor- blickende Rechtssatz festgestellt worden, dass Erörterungen über die Statusverhältnisse Verstorbener nicht später, als inner-

25) Plinius epp. V, 1: Scis te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omniaque me usucepisse. Auf diese Stelle macht Jacob Gothofredus Comm. ad Cod. Theod. c. 5 de inoff. aufmerksam, ohne sich jedoch genauer auf dieselbe einzulassen. S. auch Puchta, Kurs. d. Inst. III § 311. Anm. 5. Man wird kaum versucht sein, das biennium nicht auf die Verjährung der Querel, sondern auf das omniaque me usucepisse zu beziehn. Denn die Ersitzung, welche in der von Plinius referirten causa Curiana in Betracht käme, wäre die usucapio pro herede, welche zur Zeit desselben noch gegen die Erbschaftsklage sicherte. Diese Usucapion war aber immer eine einjährige. Gaius, II, 53. 54.

26) Das quinquennium in l. 8 § 17 h. t. für interpolirt zu halten, wie Dionys. Gothofredus zu wollen scheint, ist kein Grund vorhanden. Dass übrigens die Querel früher in einem biennium verjährte, steht auch der Vermuthung Huschkes, Servius Tullius S. 590 entgegen, dass die bei dem Centumviralgerichte übliche Verjährung von fünf Jahren sich auf den Zusammenhang dieses Gerichtshofs mit dem Census zurückführen lasse. Höchstens könnte man eine mittelbare Einwirkung des lustrum durch eine Decemviralverjährung (Statusklagen) annehmen.

halb fünf Jahren nach dem Tode angestellt werden sollten 27). Aber nur äusserlich, in Bezug auf die Verjährungsfrist hat die Verjährung der Querel derjenigen der Statusklagen sich vielleicht angeschlossen. Die Annahme Bodemeyers 28), dass von vorn herein die Verjährung unseres Rechtsmittels auf seiner Eigenschaft als Statusklage beruhe, ist aus mehreren Gründen nicht zu billigen. Einmal haben wir gesehen, dass jene Fiction des Wahnsinns nur das Mittel ist, die Rescission des Testaments juristisch zu begründen, dass der Rechtsgrund der Querel ein ganz anderer ist. Ferner würde es, wäre Bodemeyers Auffassung die richtige, ganz unerklärlich sein, warum, ehe das Princip des Nerva zur Anerkennung gelangte,

27) l. 4 ne de stat. defunct. Auf ein SC., quo super non retractandis defunctorum statibus sancitum est, beziehen sich Diocletian und Maximian c. 8. h. t. Das Quinquennium für die Statusklagen versucht mit dem Census in Verbindung zu setzen Bodemeyer, die Zahlen des röm. Rs S. 41 ff. Siehe schon Huschke (in der vor. Anm.). Wie Noth es übrigens that, auch in Bezug auf die quaestiones status den Delatoren umtrieben eine Schranke zu setzen, sehn wir schon aus einer strengen Verordnung des Kaiser Claudius l. 5 de iur. patronat.

28) a. a. O. S. 44 f. Man hat dies schon früher ziemlich allgemein angenommen. Siehe die bei Francke a. a. O. S. 313 Anm. 2 Angeführten. Francke selbst tritt der Annahme entgegen unter Beziehung darauf, dass nach c. 5 ne de stat. defunct. die Einschränkung der Statusklagen sich auf den status familiae gar nicht bezogen habe, also noch weniger auf die Querel Einfluss gehabt haben könne. Vgl. auch das im Text folgende. Meiner Vermuthung, nach welcher die Verjährung der Querel keineswegs auf der der Statusklagen beruht, sondern nur bei der Ausdehnung der Frist ein Hinblick auf des Nerva Quinquennium anzunehmen wäre, steht Franckes Bemerkung kaum entgegen. Auf die Erstreckung des biennium wurde man auch vielleicht durch die Function der Querel getrieben, die Erlangung der Erbschaft zu vermitteln. Auf dem Hervortreten dieses Gesichtspunktes beruht überhaupt die Geneigtheit, die Lage des Klägers zu verbessern, wie sie sich zeigt in der grösseren Leichtigkeit des Uebergangs auf die Erben und in dem milderen Charakter der Verjährung. So glaubte man auch den Kindern als den am nächsten und natürlichsten zur Erbfolge Berechtigten hinsichtlich der Verjährungsdauer gewisse Vortheile vor den übrigen Pflichttheilsberechtigten gewähren zu müssen. Dagegen ist c. 5 Cod. Theodos. de inoff. gerichtet, welche anordnet, dass die für Anbringung der Querel gesetzte Frist auch für die Kinder gelten sollte.

die Querel in noch kürzerer Frist verjährte, anstatt, wie früher die Statusklagen, und später die *actio suppletoria*, perpetua zu sein. Jedenfalls wäre es höchst auffällig, dass, während die eigentlichen, den *status libertatis* und *civitatis* betreffenden Quästionen erst zur Zeit jenes Kaisers eine durchgreifende zeitliche Beschränkung erfuhren, die jedenfalls weniger tief in die Verhältnisse eingreifende, nur auf einer Fiction alterirter persönlicher Rechtsfähigkeit beruhende Querel von vorn herein jene Beschränkung und noch dazu eine strengere an sich getragen haben sollte.

§ 6.

Die Criminalverjährung.

Die Verjährung des Rechtsmittels vor dem *iudicium publicum* ¹⁾ des Centumviralgerichts führt uns, anscheinend über den Gegenstand dieser Betrachtung hinaus, auf die Criminalverjährung.

Man sollte meinen, schon die einfache Thatsache, dass lange noch ehe an eine allgemeine Verjährung der Civilklagen zu denken war, für die Strafgerichte, *privata* und *publica*, eine zeitliche Beschränkung in nahezu allgemeiner Anwendung bestand und sich bis in die Zeiten der Rechtsbildung zurückführen lässt, in denen das Recht noch andere Quellen hatte, als Kabinettsbefehle, schon diese Thatsache müsste hinreichen, einen innern Zusammenhang der Criminal- mit der prätorischen Poenalverjährung ausser Zweifel zu stellen; erkennen zu lassen, dass es der Begriff der Strafe ist, welcher überall, wo er auftritt, auf die Statuirung einer Zeitgrenze für die Wirkung der verletzenden Handlung geführt hat.

Freilich ist über das Grundprincip der *praescriptio criminum*, oder worauf die Sache gewöhnlich hinausläuft, über die legislatorischen Motive ihrer Einführung ebensoviel gestritten worden, als über Grund und Wesen der Civilverjäh-

1) Ueber diese Eigenschaft des *iudicium centumvirale* siehe die reiche Ausführung bei Huschke, *Verf. des Servius Tullius* S. 585 ff.

rung, noch mehr und unerquicklicher, weil die verschiedenen Ansichten über das Grundprincip des Strafrechtes überhaupt, die man dann im römischen insbesondere fertig und klar vorliegend entdecken wollte, sich bei der Führung des Streites geltend machen mussten.

Es ist auch hier wieder die tiefere Erkenntniss des Wesens der römischen Criminalstrafe, welche auf den richtigen Gesichtspunkt leiten wird. Drei verschiedene Rechtsideen liegen der öffentlichen Strafrechtspflege der Römer zu Grunde ²⁾; der Charakter der Strafe als *vindicta publica*, ferner die Ordnung erhaltende, äussere, wie innere Feinde bändigende und züchtigende Gewalt der Magistrate, und endlich die Idee der religiösen Sühne.

Aus einer jeden von diesen drei Auffassungen für sich allein ist es nun nicht schwer nachzuweisen, dass dem Verlaufe längerer Zeit von vorn herein eine abschwächende Wirkung anhaften musste, welche für die Rechtssitte nicht ohne Einfluss bleiben konnte, so dass man mit der Zeit dazu gelangen musste, durch ausdrückliche Ausschliessung zu später Strafverfolgung jener Bedeutung des Zeitverlaufs gerecht zu werden. Hinsichtlich der ersten findet das über den Grund der praetorischen Poenalklagen Ausgeführte ohne weiteres ganz gleiche Anwendung auf die *vindicta publica*. Auch sie würde nicht *vindicta* sein, nicht Rache, Wiedervergeltung, wenn sie sich in infinitum aufbewahren liesse, wie ein Vermögensrecht. Insofern die Strafe von der jeden Angriff auf die rechtliche Ordnung abwehrenden und verfolgenden Gewalt der mit dem *imperium* Bekleideten ausgeht, folgt sie ebenfalls ihrem Wesen nach der That, durch welche sich Einer als Feind des Staates und der Sicherheit erwies, auf dem Fusse. Und wo sie endlich als Sühnemittel erscheint, als Ausgleichung zwischen den erzürnten Göttern und dem durch Frevel ihres Schutzes verlustig gegangenen Menschen, fehlt es ebenfalls

2) Wenn nicht die Eröffnung, doch die Zusammenstellung und durchdringende Hervorhebung der leitenden Gedanken verdanken wir Ihering, auf dessen Ausführungen hier verwiesen wird G. d. r. R. I S. 196 ff. 249 ff. 272 ff.

nicht an einem Grunde für ihr Wegfallen nach dem Verstreichen eines längeren Zeitraums. Derselbe liegt in der mildern- den, reinigenden Macht der Zeit. Wie das gekränkte Gefühl des Menschen allmählig sich beruhigt, so werden auch die Götter versöhnt, nachdem ihr Zorn Jahre lang den Verbre- cher am Rande des Verderbens friedlos umhergetrieben.

Im späteren römischen Strafrechte, wie es von den Ju- risten verarbeitet uns vorliegt, ist es natürlich nicht mehr möglich, hier oder da ein vorwiegendes zu Grunde liegen einer von jenen Fundamentalanschauungen zu erkennen. Die letzte, die Auffassung der Strafe als Sühne, ist ganz zurück- getreten, aus den beiden andern ist der Charakter des spä- teren Strafrechts zusammengewachsen. Das Gepräge der Strafe als Vergeltung, Rache tritt überall hervor, wenn auch nicht mehr als Genugthuung, welche der Einzelne oder die Gesammtheit fordert, so doch als Ausdruck allgemeinen Un- willens, als Gegendruck, welcher, durch den im Verbrechen liegenden Angriff auf die Rechtsordnung hervorgerufen, unfehl- bar und unaufhaltsam eintritt. Mögen noch andere Rücksich- ten, Abschreckung, Besserung des Thäters hinzugetreten ³⁾ und für die Entwicklung der einzelnen Lehren massgebend geworden sein, immer ist man berechtigt, aus jener Grund- bedeutung der römischen Criminalstrafe heraus allgemeine strafrechtliche Begriffe und Institute zu erklären. So das der Verjährung. Wenn die Strafe dem Rechtsbewusstsein als Ver- geltung, als nothwendige Folge des Verbrechens erscheinen soll, so muss sie ihm eben folgen, nicht blos irgend einmal, sondern so bald, dass jener Causalzusammenhang nicht ge- schwächt wird und für das Rechtsbewusstsein zurücktritt. —

Zwar ist nun wohl die gesetzliche Anerkennung der Cri- minalverjährung, die Festsetzung einer bestimmten Zeitfrist für dieselbe mit Sicherheit nicht weiter zurückzusetzen, als in die Zeit der früheren Kaiser ⁴⁾. Daraus folgt aber keines-

3) Frühe schon giebt es aus der griechischen Philosophie herüberge- nommene Strafrechtstheorien vgl. z. B. Gellius N. A. VI, 14.

4) Ausser der fünfjährigen der lex Julia de adult. l. 29 § 6 ad l. Jul. de adult. gehört noch die der accusatio ex SC. Silanio schon unter August.

wegs, dass nicht schon lange vorher, ja bis in die frühesten Zeiten zurück, die dem Institute zu Grunde liegende Betrachtungsweise vorhanden gewesen sei und sich auch ohne gesetzliche Sanction geäußert habe, darin nämlich, dass es in der That Niemandem einfiel, wegen eines vor langen Jahren begangenen Verbrechens Anklage zu erheben 5).

So beruht die im Strafrechte geltende Verjährung und die der Poenalklagen, wenn nicht auf demselben, doch jedenfalls auf einem sehr nahe verwandten Rechtsgedanken. Dem ist ganz angemessen, dass diese beiden Arten der Verjährung seit früher Zeit im Rechte Anerkennung gefunden haben, als noch Jahrhunderte lang an eine allgemeine Verjährung der Civilklagen Niemand dachte. Dass sich die beiden Institute im Einzelnen, namentlich hinsichtlich der Zeitfristen, verschieden gestalten mussten, liegt auf der Hand. Eine so kurze Verjährungszeit, als die der prätorischen Poenalklagen, wäre für die öffentliche Strafrechtspflege geradezu widersinnig gewesen.

Wenn die Meinung Feuerbachs 6), dass die Verjährung der Verbrechen keinen andern Grund habe, als die Maxime

Denn das Consulat des Taurus und Lepidus, unter welchem durch ein SC. dieselbe festgesetzt wurde, fällt unter diesen Kaiser. l. 13 de SC. Silan. Vgl. Ant. Augustinus, de nomin. propr. bei Otto, Thes. I. p. 258 not. r. Die allgemeine zwanzigjährige Verjährung findet sich nicht erst in einer Constitution von Diocletian und Maximian (Köstlin, Syst. d. deutschen Strafrechts S. 485 bei Anm. 7); sondern daraus, dass Paulus in l. 10 de l. Pomp. de parricid. und l. 19 § 1 de l. Cornel. de fals. die Unverjährbarkeit des Parricidium hervorhebt, folgt, dass schon zur Zeit dieses Juristen eine allgemeine Verjährung anzunehmen ist. Ferner steht auch die zwanzigjährige der Fiscalklagen, für welche schon eine Constitution des Titus die Berechnungsart bestimmte l. 1 § 3 de iure fisci, in so sichtlichem Zusammenhange mit der allgemeinen Criminalverjährung, dass schon deswegen die Einführung der letzteren mit grosser Wahrscheinlichkeit in die Zeit Augusts zu setzen ist.

5) Ueber die Stelle des Cicero pro Rabirio, aus welcher man die Nichtexistenz einer Criminalverjährung zur Zeit des Redners folgern will, s. Heffter, Lehrb. d. gem. deutschen Cr. Rs. § 186 Anm. 2.

6) Lehrb. d. gem. in Deutschl. geltenden peinl. Rs. § 64. Andere, welche ähnliches behaupten, s. bei Köstlin a. a. O. S. 485 Anm. 3.

der römischen Rechtsgelehrten, durch analoge Erweiterung eines gegebenen Rechtssatzes das System zu erweitern und abzurunden, und dass von der erlöschenden Verjährung der Klagen die rein logische Consequenz auf jene erlöschende Verjährung der Anklagen geführt habe, — auch schon deshalb keine Billigung verdient, weil die Criminalverjährung weit früher eine allgemeine war, als die der Civilklagen, so enthält sie doch insofern ein wahres Element, als in der That, wie wir gesehen haben, zwischen der *praescriptio criminum* und dem ältesten Falle der *exceptio temporis* nicht blos eine Analogie besteht, sondern beide auf demselben Boden erwachsen sind, der nationalrömischen Anschauung der Strafe überhaupt.

So dient die bisherige Ausführung dazu, das, was über Grund und Bedeutung der prätorischen Poenalverjährung oben nachzuweisen versucht wurde, zu bestätigen. Ueberall, wo wir im römischen Rechte auf den Begriff der Strafe treffen, begegnet uns auch der Untergang des Rechtes durch Zeitablauf; ausser diesem Kreise nur als ganz vereinzelte Erscheinung. Das ist ein sicheres Zeichen, in wie engem Zusammenhange die Zeitbeschränkung steht mit der Eigenthümlichkeit, dem juristischen Wesen des betroffenen Rechtsverhältnisses.

Zugleich schliesst sich der Criminalverjährung die den fiscalischen Ansprüchen gesetzte Frist der Geltendmachung an⁷⁾. Entweder ist dieselbe eine Präclusivfrist für die Nuntiation und Agnition des Rechts auf die *bona vacantia*⁸⁾, oder Verjährung eines Strafanspruchs, wie aus der Aufzählung der *causae, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet*, von Callistratus in l. 1 pr. de iure fisci hervorgeht.

§ 7.

Weitere Fälle der Annalität.

Neben den Poenalklagen giebt es im älteren Rechte nur noch einige vereinzelte Rechtsmittel, welche eine zeitliche

7) Unterholzner, Verjährungslehre § 14.

8) Schmidt, de success. fisci § 13 p. 91.

Beschränkung an sich tragen. Von prätorischen Klagen werden uns noch als *annales* bezeichnet die *actio de peculio*, welche nach geendigter Gewalt gegen den gewesenen Gewalthaber gegeben wurde, und die *actio publiciana rescissoria*.

Die Verjährung der ersteren ist nach ihrem Motive leicht zu erkennen. Durch Tod oder Emancipation des Unterworfenen hörte dessen *peculium* auf zu existiren. Nichtsdestoweniger sollte der Gewalthaber noch ein Jahr lang der *actio de peculio* ausgesetzt sein. Es ist diese Bestimmung als ein Ausfluss der Anschauung zu betrachten, dass die Schulden des Unterworfenen am *peculium* haften ¹⁾. Wenn dieses auch durch Lösung des Gewaltverhältnisses aufgehoben wurde, so behielt doch thatsächlich der Herr das Befriedigungsobject in den Händen. Es ist daher eine fortgesetzte Existenz des *peculium* fingirt worden, wie Pomponius mittheilt l. 3 *quando de pec.*

1) Der Gewalthaber haftet *quia peculium apud eum est* l. 1 § 7. 8 *quando de pecul.* l. 32 § 2 *de pecul.* von Ulpian, l. 33. 35 *eod.* von Javolen, l. 38 § 3 *eod.* von African, l. 12 *eod.* von Julian, auf welchen sich auch in l. 1 § 10 *de dote prael.* Ulpian beruft. Aus dieser Auffassung der *actio de peculio annalis* einerseits und aus dem bedeutenden Alter derselben andererseits — schon Labeo behandelt eine die Klage betreffende Controverse in einer Art, dass sie als ein sehr gebräuchliches Rechtsmittel erscheint l. 1 § 10 *quando de pecul.* — möchte sich ergeben, dass die Theorie, nach welcher man den Herrn selbst als verhaftet, das *peculium* als belastet ansah, schon recht früh neben der andern, nach welcher der Gewalthaber nur als Stellvertreter des Unterworfenen haftete, bestand und für die praktische Gestaltung der Lehre von Bedeutung war. Wenn man daher auch mit Bekker, *process. Consumption* S. 119 die erstere Betrachtungsweise für eine allmälige Weiterentwicklung der letztern hält, so wird man sich doch hüten müssen, den Eintritt dieser Entwicklung zu spät, etwa in die Zeit von African oder gar Ulpian und Paulus zu setzen. Bei Gelegenheit der die *actio de pec. annalis* betreffenden Streitfragen tritt auch schon sehr früh eine Spur davon zu Tage, dass man das *peculium* als ein Vermögensganzes ansah, welches eine von der der einzelnen *Peculiarsachen* unabhängige Existenz besitzt. Ist nach Dernburg, *Compensation* S. 123 auch erst zur Zeit von Julian und Pomponius eine Durchführung dieser höheren Begriffsbestimmung von *dos* und *peculium* erfolgt, so geht doch schon in l. 1 § 7 *quando de pec.* Caecilius (Hal. Caelius vgl. Zimmern *Rechtsgeschichte* § 81 Anm. 5.) von einem solchen Begriffe aus, und seiner Entscheidung tritt Pegasus bei, dieselbe der Billigkeit anzubequemen bemüht.

Definitione peculii interdum utendum est, etiamsi servus in rerum natura esse desiit, et actionem Praetor de peculio intra annum dat; nam tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam, quamquam iam desiit morte servi vel manumissione esse peculium etc. —

Schon darin nun, dass die Haftung des Gewalthabers über die aus dem Wegfall des peculium mit logischer Nothwendigkeit sich ergebende Grenze künstlich ausgedehnt wurde, lag Veranlassung, als Gegengewicht eine Zeitbeschränkung hinzuzufügen und so die Neuerung als etwas ganz Singuläres zu bezeichnen. Nicht aber nur für die juristische Betrachtung, sondern auch für die praktische Anwendung im Verkehrsleben würde es etwas ganz Unerträgliches gehabt haben, hätte die Verbindlichkeit ins Ungemessene fortgedauert ²⁾. Es würde immer schwieriger, bald geradezu unmöglich geworden sein, die accessio und decessio, die Grenzen des ehemaligen peculium im Auge zu behalten, seine Existenz als eines abgesonderten Vermögenstheils zu bewahren. Deshalb sollte jene Fiction nur für einen annus utilis von Kraft sein, die Haftpflicht des Herrn mit Ablauf desselben zu Ende gehn. Das ist der Gedanke Ulpians in l. § 3 h. t.

Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem, nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficebat usque ad annum produci obligationem.

Mit Ablauf des Jahres fiel die Fiction zusammen, und es trat nun ein, was nur künstlich hinausgeschoben war, Untergang der actio de peculio. Das drückt Ulpian ganz bezeichnend aus durch sein ad annum produci obligationem und ähnlich African in l. 21 § 2 de fideiuss.

Der besprochenen Klage reiht sich an die actio publiciana, quae rescissa usucapione redditur. Von ihr sagt Paulus in l. 35 pr. de O. et A.

— anno finitur, quia contra ius civile datur.

2) Unterholzner, Verjährungslehre II S. 341.

Die Stichhaltigkeit dieses Grundes wird angegriffen ³⁾, weil ja auch andere Klagen, die *actiones quae rescissa capitis deminutione dantur*, ebenfalls *contra ius civile* gegeben, nichts destoweniger aber *perpetuae* seien. Bei näherer Betrachtung wird sich indess zeigen, dass der Grund des Paulus nur genauer gefasst die Wahrheit enthält.

Die Hülfe, welche der Prätor gegen eine während gerechtfertigter Abwesenheit oder Vorliegens einer andern causa vollendete Usucapion gewährte, trug den Charakter eines im Interesse der *Aequitas*, in Berücksichtigung individueller Sachlage gemachten Eingriffes in das strenge Recht, und auch als es nicht mehr eines besonderen Restitutionsverfahrens bedurfte, sondern die *formula petitoria* gleich als *publiciana rescissoria* gegeben wurde, ging jene Bedeutung nicht verloren.

Auch der durch *capitis deminutio* des Verpflichteten bewirkte Untergang seiner Verbindlichkeiten mag anfangs von diesem Gesichtspunkte aus für den Berechtigten unschädlich gemacht worden sein. Bald aber fing man an, den Satz, dass durch *cap. dem.* die Verbindlichkeiten aus *Contracten* untergehn, für beseitigt anzusehn; es bildete sich die neuere Rechtsansicht, dass jene Statusveränderung nicht im Stande sein könne, Forderungen gegen den *deminutus* zu zerstören ⁴⁾.

3) Keller, R. CPr. § 93 Anm. 1149. Der Einwand passt auch gegen das von Savigny Syst. V S. 354 Gesagte. Denn, wenn bei der *publiciana rescissoria* die Verjährung sich auf die Restitution bezieht, warum findet sie da nicht auch bei andern rescissorischen Klagen Statt, die auf Restitution gegen Untergang durch *capitis deminutio* beruhten?

4) Wie man anfang, die Auflösung von Schuldverhältnissen durch *cap. dem. minima* als eine überwundene Spitze des alten starren Rechts anzusehn, geht aus manchen Aussprüchen der Juristen hervor. So nimmt Gaius l. 8 de *cap. min.* solche Obligationen, *quae naturalem praestationem habere intelliguntur*, vom Untergange aus, *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*. Dem folgenden Satze: *Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem*, kann entnommen werden, dass man alle *bonae fidei actiones* so zu behandeln geneigt war. Die Schulden aus *Delicten* hafteten ja auch nach strengem *ius civile* an der Person des *deminutus* l. 2 § 3 l. 7 h. t., und wenn man einmal eine *naturalis obligatio* für andere Forderungen bestehn liess l. 2 § 3 cit., so lag es dann sehr nahe, auch ein *cum capite ambulare* l. 7 § 1

Wurden daher die *actiones* gegen denselben in einem weiteren Sinne auch *contra ius civile* gegeben, so waren sie doch in der That nicht gegen ein noch jetzt in seiner Bedeutung und seinem Wesen anerkanntes Institut desselben gerichtet. Die *Usucapion* dagegen ihrer Wirkung eines Eigenthumserwerbs zu entkleiden, ist man nie versucht gewesen, und wenn daher der *Praetor* durch *i. i. rest.* und dann durch Aufstellung einer ständigen *actio rescissoria* jene Wirkung in gewissen Fällen, in denen ihm die materielle Gerechtigkeit dies zu fordern schien, vernichtete, so befand er sich im Gegensatze nicht zu gewissen alten aus dem Rechtsbewusstsein verschwundenen Satzungen, sondern zu hochwichtigen, in voller Wirkung bestehenden Grundsätzen des *ius civile*. Die Idee der Restitution, eines *Auxilium* gewährt im Interesse individueller Billigkeit, welche der *publiciana rescissoria* fort und fort zu Grunde liegt, ist für die *actiones quae rescissa cap. deminutione dantur* abhanden gekommen; nicht weil im einzelnen Falle materielles Unrecht geschähe, weil ein Conflict vorhanden wäre zwischen der höheren Gerechtigkeit und dem Resultate der Anwendung des bestehenden Rechts, giebt der *Praetor* die letzteren, sondern gerade umgekehrt, weil es mit dem geltenden Rechte übereinstimmt, dass der *capite deminutus* weiter hafte. Diese Klagen sind in nicht prägnanterem Sinne *contra ius civile* gegeben, als die des *bonorum possessor* oder des *emtor bonorum*.

So hat *Paulus*, wenn auch sich nicht besonders klar ausgedrückt, doch ganz das Richtige gesehn 5). Dass ursprünglich ein eigentliches Restitutionsverfahren stattgefunden hat, erklärt die Annalität der *publiciana* noch nicht allein; das war auch bei den andern genannten Klagen nicht anders. Nur sind diese nicht bloß formell, sondern auch materiell

cit. der Geschäftsklagen zu statuiren. Ohne weiteres hinwegwerfen konnte man den alten Satz nicht, allein er war eben durch die *actiones, quae resc. cap. dem. dantur*, praktisch vollkommen überwunden.

5) Willkürlich ist es, das „*contra ius civile*“ im rein formalen Sinne zu fassen, wie *Heffter* zu *Gaius IV § 111* es wiedergiebt: *i. e. per fictionem dabantur*. Dann hätte freilich *Paulus* Unsinn gesagt.

ganz selbständige Rechtsmittel geworden, die *publiciana* dagegen ist materiell nie über den Charakter einer *in integrum restitutio* hinausgekommen und daher auch nicht über die zeitliche Einschränkung derselben, den *annus utilis*. Darüber, dass der *annus* der *publiciana* die Zeitfrist für den Antrag auf das anfänglich stattfindende Restitutionsverfahren sei, ist man ja wohl einverstanden ⁶⁾.

Die Phrase des Paulus hat auch zur Grundlage einer dogmatischen Eintheilung dienen sollen. So sind nach Puchta ⁷⁾ die einseitigen Strafklagen nur dann *annales*, wenn sie *contra ius civile* gegeben sind. Diese Ansicht beruht auf dem Nichterkennen eines schiefen Gedankengangs des Paulus ⁸⁾. Die Unhaltbarkeit des angeblichen Principes ergibt sich schon daraus, dass die als Beispiel genannte *publiciana* gar nicht eine einseitige Strafklage ist. Die *actio doli* ferner, deren Verjährung als weiterer Ausfluss des dem Paulus untergelegten Satzes aufgeführt wird, verjährt einfach deswegen, weil nicht nur die zweiseitigen, sondern auch die einseitigen Strafklagen *actiones temporales* sind.

Dagegen passt das *quia contra ius civile datur* ganz auf die *actio de peculio annalis*. Auch bei dieser Klage wird ein Satz des Rechts, an dem nicht zu rütteln ist, dass durch Lösung des Gewaltverhältnisses der Begriff des *peculium* Grund und Boden verliert, also auch von keiner *actio de peculio* mehr die Rede sein kann, gemildert durch einen künstlichen Eingriff, welcher sogar in derselben Gedankenform erscheint, wie die *publiciana rescissoria*, nämlich als Fiction ⁹⁾.

6) Keller a. a. O. Savigny a. a. O.

7) Curs. d. Inst. § 208 bei Anm. h. Heffter a. a. O. will sogar dem Cassius und Ulpian die Lehre zuschreiben, alle reipersecutorischen Klagen seien dann *annales*, wenn sie *contra ius civile* gegeben wären.

8) Nachgewiesen von Savigny, Syst. V S. 353. Unvorsichtigem Streichen der Compileren schreibt den schiefen Sinn der l. 35 pr. zu Schmidt, Interdictenverf. S. 123 Anm. 25.

9) Das hat sich freilich nicht in der processualischen Gestaltung ausgedrückt. Die Formel der *actio annalis* war vielmehr wohl die der gewöhnlichen Peculienklage, und man half nur durch erweiternde Interpretation des Begriffs *peculium* l. 1 pr. quando de pec. l. 3 eod.

Es bleiben noch die Rechtsmittel der Aedilen übrig mit ihren verschiedenen Verjährungsfristen ¹⁰⁾. Dafür, dass die *actio redhibitoria* und *quantum minoris temporales* waren, lässt sich zunächst leicht ein genügender dogmatischer Grund auffinden. Die erstere schliesst sich nämlich ganz den beiden besprochenen *contra ius civile* gegebenen Klagen an. Sie geht auf Auflösung eines nach *ius civile* gültigen Geschäfts, vernichtet nachträglich die Existenz desselben. Die *venditio* wird resolvirt, es soll jeder haben, *quod haberet, si venditio facta non esset* ¹¹⁾, de *inemptis faciendis* ediciren die Aedilen ¹²⁾, imperfecta wurde die *emptio* durch das *arbitrium iudicis* ¹³⁾; die Redhibition wird geradezu der *in integrum restitutio* gleichgestellt ¹⁴⁾.

Dieser Gesichtspunkt einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, einer Anfechtung gültig zu Stande gekommener Geschäfte, musste eine zeitliche Beschränkung des Redhibitionsrechtes ebenso unerlässlich erscheinen lassen, als die Festsetzung eines *tempus restitutionis*. Eine dauernde Anfechtbarkeit der Kaufgeschäfte, ein längeres in der Luft schweben ihrer Existenz, würde den Verkehr, statt ihn zu fördern, nur gelähmt, statt Unredlichkeiten und Uebervortheilung auszuschliessen, nur Chikanen und hinterlistigen Verzögerungen Thür und Thor geöffnet haben. Was aber in dieser Beziehung für die *redhibitoria* gilt, ist auch auf die Minderungsklage anwendbar. Denn, was durch letztere zu erreichen war, läuft immer auf ein theilweises Rückgängigmachen des abgeschlossenen Geschäftes hinaus, wie denn auch, wenn die Differenz zwischen dem gegebenen Preise und dem Werthe der Waare sehr gross war, dem Erfolge nach die *actio quantum minoris* eine Redhibition in sich schloss ¹⁵⁾.

10) l. 38 pr. l. 28. 19 § 6. l. 31 § 17. l. 20. 55 de aed. edict. c. 2 de aedil. action. l. 2 de divers. tempor. praescript.

11) l. 23 § 1 de aedil. edict.

12) l. 38 pr. eod. l. 26 de solution.

13) l. 43 § 9 h. t.

14) l. 60 eod.

15) l. 25 § 1 de exc. rei iud. — nam posterior (*quantum minoris*) *actio* etiam *redhibitionem* continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor *empturus* non fuerit.

Aber auch an einem historischen Anknüpfungspunkte für die begrenzte Dauer der ädilischen Klagen fehlt es nicht. Dieselben schliessen sich nämlich so genau an das alte Recht der *duplae stipulatio* an, welches seinerseits wiederum direct auf die alte *auctoritatis actio* zurückführt ¹⁶⁾, dass es gerechtfertigt erscheint, auch die Verjährung jener Rechtsmittel mit dem alten Gewährsrechte in Verbindung zu bringen. Die *auctoritatis obligatio*, und diejenige aus der Stipulation, mit welcher man sich auf den Fall der Eviction sicherte, tragen von selbst eine Zeitbeschränkung an sich. Von der Forderung wegen Eviction wurde der Verkäufer mit Ablauf der *Usucapionszeit* befreit. Anders für die Haftung aus der Stipulation wegen Fehler der verkauften Sache. Hier ist die Endigung der Haftpflicht erreicht worden durch analoge Anwendung des von der Gewährspflicht wegen Eviction Geltenden auf die wegen der Mängel. Wie man den Fall hervortretender Mängel dem des nicht gewährten *habere licere* gleichsetzte, so liess man den Verkäufer eines fehlerhaften Slaven auch nur so lange haften, als hätte er einen fremden verkauft. Die *sex menses* der *Redhibition* entsprächen dann dem *annus continuus*, in welchem der Slave oder das Thier *usucapirt* wurde; ganz nach demselben Verhältnisse, welches zwischen dem prätorischen *annus utilis* und dem civilrechtlichen *biennium* ¹⁷⁾ stattfindet. Die *actio quanti minoris*, deren Einführung man ihrer feineren Construction wegen gewiss später setzen darf, erhielt zur Verjährungszeit den allgemeinen *annus utilis*; und dann sind für specielle Fälle noch kürzere Fristen bestimmt worden. Hierauf, wie überhaupt auf die Ausbildung des Gewährsrechts darf man der Gewohnheit und Sitte des Verkehrslebens gewiss mit Recht entscheidenden Einfluss beimessen ¹⁸⁾.

16) Die Darstellung dieses historischen Zusammenhangs s. bei Huschke R. d. Nexum S. 207 ff.

17) Vgl. § 3 Anm. 4.

18) So z. B. Ulpian in l. 31 § 20 de aedil. edict.: Quia assidua est dupli stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

§ 8.

**Gemeinsames Wesen der Verjährungsfälle im früheren Rechte.
Beginn des Laufs der Zeitfrist.**

Wir haben die Fälle zeitlich beschränkter Klagrechte im älteren Rechte ¹⁾ nunmehr überblickt und gefunden, dass überall die gesetzte Schranke mit der eigenthümlichen Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses im engsten Zusammenhange steht; dass es ganz verschiedenartige Gründe waren, welche dazu führten, hier und da die actio mit einem dies, mit einem legitimum tempus zu versehen; und dass es demnach von diesem Gesichtspunkte aus an jedem Anhaltspunkte für die Annahme fehlt, es sei in den besprochenen Fällen der Rechtsgedanke wirksam gewesen, dass eine actio wegen Unthätigkeit des Berechtigten untergehe. Vielmehr erscheint von jenem Standpunkte aus das tempus actionis als von vorn herein dem Klagrechte anhaftende Beschränkung, als vom Gesetze vorgeschriebenes Mass der Rechtswirkung eines rechtsgründenden Ereignisses. Es bleibt noch übrig, nachzuweisen, dass alles, was wir von Voraussetzungen, Berechnung, Wirkung der prätorischen und sonst im älteren Rechte geltenden Verjährung wissen, darauf hinleitet, dieselbe einfach als dies actionis anzusehn, durch dessen Ablauf mit der actio ganz dasselbe vorgeht, was mit einer betagten Obligation durch Eintritt des vertragsmässigen Endtermins.

Ein directer Beweis für die Richtigkeit meiner Auffassung lässt sich zunächst aus dem über den Anfang des Laufs der älteren Verjährung Geltenden freilich nicht entnehmen. Denn ebensowenig, als von einer Unthätigkeit des Berechtigten, kann vom Laufen einer dem Rechte gesetzten Zeitfrist die Rede sein, ehe dasselbe existirt, ein Klagrecht erwachsen, die actio nata ist. Der annus utilis muss vielmehr in beiden Fällen, was den dies cedens betrifft, ganz auf gleiche Weise berechnet werden; für beide ist der Begriff der actio nata gleicherweise brauchbar und von Entscheidung.

1) Mit Ausnahme der praescriptio longi temporis, welche besonders betrachtet werden muss.

Allein wo die dogmatische Thatsache selbst nichts entscheidet, da bietet vielleicht die Form, in der sie auftritt, die Art und Weise, wie sie in praktischen Vollzug gesetzt und zugleich wissenschaftlich zu begründen versucht wird, einen Anhaltspunkt.

Das tempus actionis kann nicht laufen, bevor die actio vorhanden ist. Das ist das Dogma, und wo nun die Frage entsteht, in welchem Momente für eine einzelne Klage der Lauf des annus beginnt, da bietet sich in dieser Regel ein sicheres Entscheidungsprincip dar; es ist eben zu untersuchen, wann die actio nata ist.

Ganz anders nach der Anschauung der römischen Juristen. Die meisten Poenalklagen entstehen sogleich mit der verletzenden Handlung, und für sie ist diese abweichende Betrachtungsweise nicht nachzuweisen. Es kann aber auch die Zeit jener Handlung und die Entstehung der Klage auseinander fallen. So z. B. bei der actio Pauliana. Erst nach stattgefundener venditio bonorum stellt es sich heraus, dass in der Veräußerung des Schuldners eine betrügliche Beeinträchtigung der Gläubiger lag²⁾. Daher entscheidet Ulpian in l. 10 § 18 quae in fraud. cred.

Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.

Fragen wir indess nach dem Grunde dieser Berechnung, so wird als solcher nicht etwa angegeben, dass ja erst mit der venditio bonorum die actio vorhanden sei, sondern derselbe Ulpian sagt in l. 6 § 14 eod.

Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis, beruft³⁾ sich also für seine Entscheidung auf die Eigenschaft des annus als tempus utile.

2) Vgl. l. 10 § 1 quae in fraud. cred.: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. —

3) Freilich kann man in dem annum computamus utilem auch nur eine Beziehung auf die Berechnung ratione cursus finden — Arndts, Beiträge zu der Lehre von der Zeitrechnung in der Ztschr. f. CR. u. Pr. XIV S. 26

Noch deutlicher und auffallender erscheint eine derartige Argumentation von demselben Juristen mit Berufung auf Julian in l. 1 § 2 quando de pecul.

Annus autem utilis computabitur, et ideo et si conditionalis sit obligatio, Julianus scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente.

Hier wird es geradezu als eine Folge der Utilität hingestellt, dass erst von der Zeit an, ex quo peti potuit, der annus zu laufen beginnt. Ulpian, welcher in l. 54 de V. S. sagt:

Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat —

glaubt sich dafür, dass der annus der actio de peculio gegen den früheren Gewalthaber erst zu laufen anfängt, nachdem die Bedingung der Peculiarschuld existent geworden, auf die Berechnung nach der experiundi potestas berufen zu müssen.

Und doch steht es demgegenüber fest, dass nach allem, was wir von jener Zeitberechnung wissen, ihre Herbeiziehung in den beiden angegebenen Fällen schon an sich eine vollkommen ungerechtfertigte ist, sichtlich ein Nothbehelf, um eine praktisch nothwendige Entscheidung juristisch zu vermitteln. Für die Existenz der experiundi potestas kommen ja bekanntlich nur solche Hindernisse in Betracht, welche sich auf das experiri selbst, das wirkliche Einschreiten vor Gericht beziehen; nur solche, welche in der Person des Klägers oder der des Beklagten oder endlich in dem Organe der Rechtspflege selbst eintreten⁴⁾. In unsern Fällen aber war nicht das experiri, sondern vielmehr das peti posse ausgeschlossen. Man hat daher die angeführten Stellen bei der Behandlung der Lehre vom tempus utile ausser Spiel gelassen; sie finden sich weder in der abschliessenden Darstellung Savignys, noch in älteren Bearbeitungen berücksichtigt.

— allein zusammengehalten mit der l. 1 § 2 cit. desselben Ulpian macht die Stelle den Eindruck, dass im computamus utilem die Motivirung des ex die factae venditionis liegt.

4) l. 1 de divers. tempor. praescript. l. 2 quis ordo ex possess. Savigny, Syst. IV § 189.

Uns aber veranlassen sie zu der Frage, wie die Juristen zu dieser befremdenden Argumentation gekommen sind. Gewiss nur deswegen, weil die Form, in welcher der Praetor die Zeitbeschränkung der actio Pauliana und de peculio annalis aussprach, eine Anwendung des Dogma von der actio nata ausschloss, mit welchem doch gerade für die Verjährungsfrage, für die nach dem dies cedens des tempus actionis, Ulpian sonst operirt ⁵⁾.

Was zunächst jene actio in factum betrifft, so mussten die Edictsworte ⁶⁾, in welchen der Prätor sie versprach, wörtlich genommen darauf führen, den annus nicht erst von der venditio bonorum, sondern schon von dem fraudationis causa gestum an laufen zu lassen. Es ging ja in diesen Worten dem intra annum dabo die Erwähnung keines andern Factums voraus. Eben so in der in factum concipirten Formel der Klage. Wurde ihr, wie dem interdictum fraudatorium ⁷⁾, die exceptio eingefügt: si non plus quam annus est, c. d. e. r. q. d. a. exper. potestas est, so gab es auch hier für die Berechnung des annus keinen andern Anhaltspunkt, als eben das in der Intentio genannte fraudandi causa Geschehene. Mochte demnach für den Magistrat die Frage entstehen, ob er die Formel überhaupt geben, oder für den Iudex, ob er in Folge der eingefügten exceptio absolviren sollte, immer lag kein formeller Grund vor, die Frage nach dem dies cedens anders zu entscheiden, als für die übrigen in factum concipirten Delictsklagen. Es war da, wollte man nicht zu den unpraktischsten Resultaten gelangen, eben nicht anders zu helfen, als durch jene exorbitante Interpretation der experiundi potestas.

Ganz ähnlich verhält es sich für die actio de peculio

5) Vgl. c. 36 § 2 de inofficios. mit l. 8 § 10 eod. S. weiter unten.

6) l. 1 pr. quae in fraud. creditor. Ait Praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.

7) l. 10 pr. eod.

annalis. Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus, manumissus alienatusve fuerit, erklärte der Prätor, die actio de peculio gegen den Gewalthaber geben zu wollen, und fügte als Beschränkung hinzu: in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit ⁸⁾. Auf Grund dieser Edictsworte wurde dann die exceptio annalis eingefügt ⁹⁾, und dieselbe musste nothwendig auf das die Aufhebung des Peculium, die Lösung des Gewaltverhältnisses herbeiführende Ereigniss Bezug nehmen, da widrigenfalls, weil die Erwähnung des letzteren in der Formel sonst keinen Platz fand, ein si non plus quam annus est vollständig in der Luft geschwebt haben würde ¹⁰⁾.

Hiernach hätte nun aber der Richter auch, im Falle eine bedingte Peculiarschuld erst nach Ablauf des annus klagbar wurde, nichtsdestoweniger den Worten der Formel nach den Kläger abweisen müssen. Dies wurde nun vermieden durch jene Erweiterung des Begriffs der experiundi potestas über seinen eigentlichen Umfang hinaus.

So erschien formell genommen die prätorische Annalität nicht als Zeitdauer der actio im materiellen Sinne, sondern, wie in den beiden betrachteten Anwendungen derselbe hervortritt, als reine Zeitfrist für das Ansuchen um eine versprochene Klagformel. Darüber, sie als eine solche zu behandeln, sind die Juristen auch nicht hinausgekommen. Das geht unwiderleglich daraus hervor, dass sie für die prätorische Verjährung zum Begriff der actio nata gar nicht gelangt sind ¹¹⁾, sondern, um dem Resultate nach eine Beschränkung des Klagrechts, einen dies actionis im materiellen Sinne herbeizuführen, sich an die Theorie vom annus utilis anklammerten,

8) l. 1 pr. quando de pecul.

9) § 10 ibid.

10) Oder, wo in der Demonstratio das die Forderung begründende Geschäft genannt war, hätte nach dem strengen Wortsinne, ohne Einfügung des die Gewalt auflösenden Ereignisses in die exceptio temporis, der Iudex den annus von dem Abschlusse des Geschäfts an berechnen müssen.

11) Wie nahe dies gelegen hätte, geht hervor, wenn man die citirten l. 1 § 2 quando de pecul. und l. 54 de V. S. beide von Ulpian mit einander vergleicht.

welche an sich mit dem Klagrechte gar nichts zu thun hat ¹²⁾).

Tritt nun aber die einfache Rechtsidee eines in seiner Dauer beschränkten Klagrechts, wenn sie auch in der prätorischen Verjährung unverkennbar vorliegt, doch nur auf in Form einer Zeitfrist für die processualische Handlung der Klagerhebung, so spricht schon dies gegen die Annahme, es liege jener Verjährung der weit complicirtere Rechtsbegriff eines Unterganges der Klagrechte wegen Unthätigkeit des Berechtigten zu Grunde. Erschien die Zuständigkeit der Klage, das *peti posse* nur als Moment und zwar nur als künstlich hineingetragenes der *experiundi potestas*, glaubte man nur von diesem Gesichtspunkte aus die Regel, dass der

12) Für die Klagen der Aedilen brauchte es in keinem Falle einer solchen Vermittelung. Das *tempus* der *actio redhibitoria* und *quantum minoris* begann immer mit dem Momente des Kaufgeschäftes zu laufen, nur wenn die Zusicherung bestimmter Eigenschaften der *venditio* nachfolgte, erst vom Zeitpunkte des *dictum*. Die Entstehung des Klagrechtes und dasjenige Ereigniss, welches in den aedilicischen Formeln genannt war und daher für die Berechnung der *sex menses* oder des *annus* der *exceptio temporis* (l. 48 § 1 de aedil. edict.) als Anhaltspunkt dienen musste, fielen immer zusammen. Nachdem Ulpian im letzten § der l. 19 h. t. die angegebene Regel aufgestellt hat, schliesst sich in l. 20 eod. von Gaius folgende Bestimmung an: *Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit, ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit.* Diese Stelle ist wohl verdorben. Schon der Glosse hat die unklare Phrase *quae — coepit* Noth gemacht; sie erklärt die Worte durch: *id est coepit ex ea agi posse*. Die Art, wie die Compileren die Stelle an die Regel des Ulpian angeschlossen haben, beweist, dass bei Gaius derselbe Gedanke vorausging, dem sich mit *Si vero* die Ausnahme anschloss. Dass das *tempus redhibitionis* von der *venditio* an läuft, nicht von der *stipulatio*, ist der Satz des Sabinus, welcher in den letzten Worten der Stelle begründet wird. Es ist daher das Einfachste bei *ex priore causa* zu ergänzen aus dem Vorhergehenden: *tempus redhibitionis currere* und das *quae* in *quia* zu verändern. So erhalten des Gaius Worte einen ebenso klaren als prägnanten Sinn. Wenn man mit der Beckschen Ausgabe das Wort *coepit* hinter *mancipium* einfügen wollte, so würde, abgesehen von dem unerträglich Schleppenden der Diction, des Gaius Gedanke sich dem Ulpian weit weniger treffend anschliessen. Wie Beck liest schon die glossirte Ausgabe der Digesten Paris apud Carolam Gaillard 1648 ff. 6 Vola.

dies actionis erst zu laufen beginnt, nachdem die actio existirt, begründen zu können, so haben mindestens diejenigen, die so argumentirten, von der Idee, dass ein Klagrecht untergehe, weil der Berechtigte seine Geltendmachung unterlässt, unmöglich eine Ahnung gehabt. Selbst von derjenigen, dass dem Klagrechte, nicht nur der processualischen Klagerhebung, eine Zeitfrist gesetzt sei, können sie nur eine verschleierte Anschauung besessen haben.

Klarer tritt die letztere Idee hinsichtlich des für Erhebung der Querel bestimmten Quinquennium hervor. Wann diese Verjährungsfrist zu laufen beginne, ist unter den Juristen bestritten gewesen, wie uns Justinian in c. 36 § 2 de inoff. mittheilt:

Illud praeterea sancimus, ut tempora inofficiosi querelae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporibus dabat, ut non liceat heredi, quando voluerit, adire, ne per huius modi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali.

Schon in c. 34 eod. hatte der Kaiser so entschieden. Während nun die Ansicht des Modestin sichtlich auf praktischen Rücksichten beruht, denen Justinian in c. 36 auf eine andere Weise gerecht wird, liess Ulpian die Verjährung der Querel deswegen erst mit dem Erbschaftsantritte beginnen, weil, wie der Jurist uns in einem andern Zusammenhange sagt l. 8 § 10 de inoff.

— ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

Das ist leicht einzusehen. Obwohl der Grund der Querel in der Injuria der Ausschliessung liegt, also schon vor dem Erbschaftsantritte gegeben war, so fehlt es doch vor demselben, da die Klage als qualificirte hereditatis petitio erscheint, an dem Beklagten; die querela ist vor diesem Ereignisse nicht nata. Für die Berechnung des tempus querelae praestitutum brauchte es nicht jenes durch die Form der prätorischen exceptio temporis gebotenen Nothbehelfs; auch war ja die Anwendung desselben dadurch abgeschnitten, dass das Quinquennium tempus continuum war.

Gerade daraus, dass Ulpian hier die Frage nach dem dies cedens der Verjährungsfrist aus dem Dogma der actio nata heraus entschieden hat, folgt die Bedeutsamkeit seines Verfahrens bei der Entscheidung der gleichen Frage für den annus gewisser prätorischer Klagen, die Berechtigung, aus diesem Verfahren auf seine Auffassung der prätorischen exceptio temporis zu schliessen und somit für die Beurtheilung der Annalverjährung selbst einen Anhaltspunkt zu finden.

Wurde gleich von vorn herein hervorgehoben, dass der Beginn des Laufs der älteren Klagverjährung mit dem Moment der actio nata keineswegs darauf führt, von einem Untergange der Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten zu reden, sondern dass vielmehr diese Erscheinung ebenso gut für einen bloßen dies actionis, ein von Anfang an zeitlich beschränktes Klagrecht passt, so soll nunmehr auch in Anschluss an Ulpians besprochene Entscheidung auf eine in den Quellen enthaltene Bestimmung aufmerksam gemacht werden, aus welcher das Behauptete klar und deutlich hervorgeht. In l. 25 de stip. serv. führt Venuleius (libro XII Stipulationum) folgende Entscheidung des Cassius an:

Si servus hereditarius stipulatus fuerit, et fideiussores acceperit, posteaque adita fuerit hereditas, dubitatur, utrum ex die interpositae stipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate; item si servus eius, qui apud hostes sit, fideiussores acceperit. Et Cassius existimat, tempus ex eo computandum, ex quo agi cum iis poterit, id est, ex quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur.

Diese Stelle handelt unzweifelhaft vom biennium der lex Furia, so dass wir das Wort fideiussores nothwendig als interpolirt betrachten müssen. Denn wenn man auch vielleicht nach den ersten Worten der Stelle an einen der stipulation beigefügten dies denken könnte, so wird das doch ausgeschlossen durch den in der zweiten Hälfte folgenden Satz: item si servus eius, qui apud hostes sit, fideiussores acceperit, aus welchem sicher hervorgeht, dass vom tempus legitimum der Bürgschaft die Rede ist.

Hier wird das *tempus* vom Erbschaftsantritte an berechnet, nicht weil vorher kein klagbares Recht vorhanden wäre, sondern, weil die Anstellung der Klage durch äussere Hindernisse ausgeschlossen ist. Wollte man nun in dem Requisite der *actio nata* einen Ausfluss der Unthätigkeitstheorie erblicken, so müsste doch des Cassius Entscheidung, welche nicht nur die rechtliche, sondern auch die faktische Möglichkeit des *agi* voraussetzt, noch weit zwingender auf diese Anschauung zurückführen. Da aber ferner Niemand daran denken wird, in der Verjährung der *lex Furia* einen Untergang des Rechts wegen Unthätigkeit des Berechtigten zu erblicken, vielmehr die Qualität dieser Zeitbeschränkung als dies *obligationis*, Endigung der Haftung *veniente* die, feststeht, so ergiebt sich, dass auch für den Lauf der Verjährung der Querel *ab adita hereditate* die Auffassung des *Quinquennium* im letzteren Sinne vollkommen ausreicht.

Es wird freilich behauptet ¹³⁾, die Meinung des Cassius beruhe nur auf Billigkeitsrücksichten und die consequente Entscheidung der Frage sei vielmehr die des Javolen in l. 4 *de divers. temporal. praescript.*

Si servus hereditarius, aut eius, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisfactionis cedere incipiet; intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est, non an is agere poterit, qui rem in obligationem deduxerit; alioquin erit iniquissimum, ex conditione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum erit, quominus cum his agi possit.

Allein diese Stelle redet gar nicht von dem *biennium* der Bürgschaftsobligation ¹⁴⁾, sondern bezieht sich auf eine mit

13) Unterholzner, Verjährungslehre II S. 317 Anm. 736. Anders Huschke, Gaius S. 85.

14) Der Annahme des Cuiacius, observ. XVI, 38, dass Javolen nicht von der Verjährung der Klage gegen die Bürgen, sondern vom Falle einer nur auf gewisse Zeit übernommenen bürgschaftlichen Haftpflicht rede, steht dasselbe entgegen, was gleich gegen das Beziehn auf das *biennium* zu sagen ist.

dies verschene processualische Caution, etwa die cautio iudicatum solvi, deren clausula de re defendenda einen dies satisfactionis enthielt ¹⁵⁾. Das geht schon aus der Beziehung auf die experiundi potestas hervor, welche doch für das biennium continuum der lex Furia ganz irrelevant sein würde. Ebenso folgt es aus den Schlussworten der Stelle, welche für das tempus der Bürgen keinen, für den dies der satisfactio iudicatum solvi dagegen treffenden Sinn geben.

Es ist daher kein Grund vorhanden zu zweifeln, dass die Entscheidung des Cassius bezüglich der Berechnung der Frist der lex Furia, auf welche sich Venuleius in l. 25 cit. beruft, die allgemein angenommene war; dass man das biennium der Sponsoren erst von dem Momente an berechnete, in welchem zuerst die actio gegen dieselben nicht nur rechtlich begründet, sondern auch faktisch möglich war. Dadurch wird zugleich die oben in § 2 gegebene Ausführung, dass die Verjährung der letzteren Klage und die Annalität der prätorischen Rechtsmittel in Wesen und Wirkung auf eins hinaus laufen, aufs wirksamste unterstützt.

§ 9.

Fortsetzung. Unterbrechung des Laufs der Zeitfrist. Wirkung des Ablaufs.

Je nachdem das Wesen der Verjährungsfälle, von denen bis jetzt gesprochen wurde, darin besteht, dass dem Klagrechte durchs Gesetz von vorn herein ein Mass der Dauer gesetzt war, oder darin, dass einer Thatsache, der Unthätigkeit, in ihrer Dauer die Macht gegeben war, das Klagrecht auszuschliessen, ist nothwendig der Sinn, in welchem von einer Unterbrechung des Laufes der Verjährung geredet werden kann, ein verschiedener. Im ersten Falle ist es das Klagrecht selbst, welches in seiner Dauer die Zeitfrist ausfüllt; veniente die hört es auf zu existiren. Dieser Erfolg,

¹⁵⁾ l. 10 de stip. praetor. Schmidt v. Ilmenau, Ztschr. f. CR. u. Proc. N. F. VIII S. 23. Schirmer, über die praetor. Judicialstipulationen S. 52.

dass nach bestimmter Zeit nicht mehr geklagt werden kann, ist durch kein Mittel auszuschliessen. Wohl aber kann das Eintreten des dies dadurch für den Berechtigten unschädlich gemacht werden, dass entweder schon vorher dem Anspruche desselben Genüge geleistet wird, sein Recht sich praktisch verwirklicht, oder dass er selbst es geltend macht, klagt, eine Kraft in Bewegung setzt, welche, nicht an die Zeitbeschränkung gebunden, ihm zur Befriedigung verhilft. In beiden Fällen kann, was entweder durch Befriedigung oder Ausübung wegfällt, nicht mehr durch Zeitablauf zu Ende gehn, die *actio*, die schon aufgehoben ist, kann nicht *veniente* die erlöschen. Eine Unterbrechung liegt eigentlich hier gar nicht vor. Noch weniger würde dieser Ausdruck passend angewendet werden, wenn der Berechtigte den Verlust, der ihm durch Ablauf der Verjährungsfrist droht, dadurch abwendet, dass er, so lange es noch Zeit ist, ein neues Recht sich gründet.

Dagegen hat der Begriff der Unterbrechung seine berechnete, bezeichnende Bedeutung, wo der Untergang des Klagrechtes durch Zeitablauf auf die zweite, zusammengesetztere Art juristisch construirt ist. Hier wird die Zeitfrist ausgefüllt durch die Thatsache der Unthätigkeit. Dauernde Unthätigkeit vernichtet die *actio*; der Berechtigte muss *continuo*, unausgesetzt, ununterbrochen unthätig sein. Wäre es das objective Moment der Nichtausübung, an welches der Untergang des Klagrechtes geknüpft wäre, so würde freilich eine Unterbrechung dieser Thatsache ganz auf dasselbe hinaus laufen, was, wie wir eben gesehen, eigentlich keine Unterbrechung ist. Es liessen sich dann überhaupt — s. die Einleitung — beide Constructionen des Verjährungsbegriffs gar nicht unterscheiden. Die Unthätigkeit des Berechtigten aber ist eine der Existenz des Rechts ganz selbständig gegenüberstehende Thatsache. Sie kann dauern, kann unterbrochen werden, ohne dass mit dem Rechte irgend eine Veränderung vorgeht.

Es giebt eine Unterbrechung der Verjährung nur, wenn dieser Untergang des Klagrechtes wegen dauernder Unthätigkeit des Berechtigten ist. Ist sie dagegen dies *actionis*, ursprüngliche Zeitbeschränkung, so kann von keiner Unterbrechung die Rede sein; der Begriff derselben ist dann ein juristisch

unmöglich. Daher ist es für meine Auffassung der alten Klagverjährung vollkommen beweisend, wenn sich ergibt, dass der Begriff der interruptio praescriptionis nur erst für die aus der longi temporis praescriptio heraus erwachsene theodosianische Klagverjährung entstanden ist, dass für das ältere Institut keine Spur desselben sich findet. Jene Entstehung der Lehre von der interruptio, ihr enges sich Anlehnen an die interruptio der Ersitzung, wird uns später beschäftigen. Jetzt ist nachzuweisen, dass die prätorische Verjährung, und was sich ihr im älteren Rechte anreihet, in der That den Begriff der Unterbrechung nicht kennen.

Dass die Litiscontestatio, durch welche die bestehende actio temporalis in iudicium deducirt und somit perpetua wurde, keine Unterbrechung, sondern vielmehr eine Ausschliessung der Verjährung ist, wurde schon hervorgehoben ¹⁾. Sie war Vernichtung der zeitlich beschränkten, Gründung eines unbeschränkten Rechtes. Auch wo sonst das in iudicium deducirte Recht eine Schranke trug, wie diejenige, dass es nicht gegen die Erben von Wirkung war, wurde sie abgestreift durch jene gleichsam verjüngende Thatsache der Litiscontestatio. Den römischen Juristen lag nichts ferner, als der Litiscontestatio in dem Sinne eine perpetuirende Wirkung zuzuschreiben, dass durch sie die Dauer der Unthätigkeit ausgeschlossen werde. Das sehen wir aus der Art, wie sie über die Perpetuation reden ²⁾ und insbesondere dieselbe mit der Transmission auf die Erben ³⁾ zusammenstellen. So namentlich Paulus in l. 8 § 1 de fideiussorib. et nominator.

— Nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur. in l. 24 pr. de lib. caus.

— quid enim, si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant, quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere?

1) S. auch Puchta, Curs. d. Inst. § 208 unter 3.

2) l. 9 § 3 de iureiurando.

3) Auch in diesem Sinne wird ja von einer actio perpetua geredet l. 17 quod met. caus. von Paulus S. oben § 3 Anm. 16.

und in l. 29 de novation.

— neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. Ebenso Gaius in l. 139 pr. de R. I.

Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent.

Ebensowenig als die Litiscontestatio ist ferner das Constitutum als eine Unterbrechung der älteren Verjährung anzusehn. Nachdem freilich das Dogma der interruptio praescriptionis zur Geltung gekommen, und jedem Acte, durch welchen der Schuldner das Recht des Gläubigers anerkannte, die Bedeutung einer Unterbrechung zugeschrieben war, liess sich auch gewiss das Constitutum unter diesen Gesichtspunkt fassen. Allein jenes Dogma ist eben erst für die neue Klagverjährung entstanden; für das alte Recht wirkt dieses Geschäft nicht unterbrechend, sondern ganz ähnlich wie die Litiscontestatio. Es setzt an die Stelle der hinfälligen actio temporalis ein neues dauerndes Verhältniss, so dass nunmehr erstere ohne Schaden zu Grunde gehn kann. Das diem exire vermag es nicht aufzuhalten. Das sagt Ulpian in l. 18 § 1 de pec. const. 4)

— Proinde et temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit.

Von einer das Ablaufen des dies actionis unterbrechenden Wirkung weiss der Jurist nichts, vielmehr geht nach ihm die actio temporalis trotz des Constitutum veniente die zu Ende.

Litiscontestatio und Constitutum sind aber die beiden einzigen Ereignisse, welche, soviel wir wissen, den Eintritt des Endtermins der actiones temporales unschädlich machen konnten 5). Daher giebt es für die Annahme, dass schon für

4) Die Stelle ist im folgenden § näher zu behandeln.

5) Savigny, Syst. V § 242. Alle die aufgezählten Fälle der Unterbrechung sind entweder gar keine Unterbrechung, so die Litiscontestatio, das, was S. Aufhebung der Verletzung nennt (mit Ausnahme des in c. 7 § 5 de praescript. XXX enthaltenen Falles), das Constitutum insofern es eine neue Klage giebt — oder sie sind erst für die theodosianische Klagverjäh-

die prätorische Klagverjährung und die sich ihr anschliessenden Fälle zeitlich beschränkter Klagrechte das Institut der Unterbrechung, der interruptio praescriptionis existirt habe, keinen Anhaltspunkt. Vielmehr folgt aus dem Schweigen der Quellen die Nichtexistenz desselben um so sicherer, als gerade für die kurze Annalverjährung ein derartiges Hülfsmittel von höchster practischer Bedeutung gewesen wäre.

Justinian freilich musste gerade in Berücksichtigung der ungünstigeren Lage des auf ein Jahr beschränkten Berechtigten es für gerechtfertigt halten, ihm Erleichterung zu gewähren, und schrieb im Gegensatze zu den actiones perpetuae für die prätorischen Temporalklagen schon der oblatio precum und auf sie erfolgenden rescriptio perpetuirende Wirkung zu 6). Es ist auch, nachdem sich die Lehre von der interruptio gebildet hatte, an eine verschiedene Behandlung der actiones temporales und perpetuae nicht mehr zu denken. Die Vorschrift der in Anm. 4 genannten Constitutionen bezieht sich auf die einen, wie die andern. Im neusten Rechte ist jede Klagverjährung Untergang des Klagrechtes wegen dauernder Unthätigkeit des Berechtigten; jede wird daher durch das, was diesen Zustand ausschliesst, unterbrochen. Dass dagegen vor Theodos die Klagverjährung reiner dies actionis war, das ergibt sich eben, wie aus manchem andern, daraus, dass es keine interruptio praescriptionis gab.

Es bleibt nunmehr noch übrig zu untersuchen, welche Bedeutung für die Frage nach der Wirkung der Klagverjährung, für die Theorie vom Bestehnbleiben einer naturalis obligatio, nachdem die Klage durch die exceptio temporis unwirksam geworden, der von mir angenommene Begriff der prätorischen actio temporalis hat, und in wiefern die Richtigkeit desselben durch dasjenige, was bei Besprechung jener grossen Controverse hervorgetreten, vielleicht ins Licht gesetzt wird.

ung mit unterbrechender Wirkung bekleidet worden, so die der c. 7 § 5 de praescr. XXX 8 § 4 eod. c. 19 d. fide instr. c. 5 de duob. reis.

6) c. 2 quando libell. principi dat.

Zunächst ist jetzt wohl anerkannt und gerade vom Hauptvertheidiger ⁷⁾ der schwächeren Wirkung, dessen Ausführung für den Sieg dieser Meinung den Ausschlag gegeben hat, zugestanden, dass es in den Quellen nur einen einzigen Anhaltspunkt giebt für die Entscheidung der Controverse, das hinsichtlich der Verjährung der Hypothekarklage Geltende. Mag man nun aus diesem Argumente mehr oder weniger erweisen wollen, jedenfalls bezieht sich dasselbe zunächst nur auf die dreissigjährige Verjährung und kann für die Construction des prätorischen Verjährungsbegriffes von keiner Bedeutung sein. Nur wenn es feststünde, dass schon im *annus utilis* die Rechtsidee, dass die Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten zu Grunde geht, ihren Ausdruck fände, liesse sich aus der Bestimmung der Kaiserconstitutionen auf das Institut des Edicts zurückschliessen. Wohl muss nach justinianischem Rechte, was für die dreissigjährige Verjährung gilt, auch für die mit kürzeren Fristen gelten, allein für die historische Frage, die uns hier beschäftigt, läge in einem derartigen Rückschlusse eine *petitio principii*.

Nicht weniger würde eine solche vorliegen, wenn man mit dem theodosianischen Institute entnommenen allgemeinen Erwägungen die Frage nach der Wirkung der prätorischen *exceptio temporis* erledigen wollte. So ist namentlich die Behauptung ⁸⁾, die Verjährung beziehe sich ihrer Begründung nach nur auf die Klage, sie setze nur Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit voraus, und es würde daher eine rein willkürliche Bestimmung sein, wenn sie ihre zerstörende Kraft auch auf andere von der Klage an sich unabhängige Wirkungen des Rechts erstreckte, — wie schon für die theodosianische Verjährung von sehr zweifelhaftem, so für die hier behandelte Frage von gar keinem Werthe. Denn ganz abgesehen von der „Nichtanstellung der Klage“ ⁹⁾, die

7) Savigny a. a. O. S. 389 ff.

8) Puchta, *Curs. d. Inst.* § 208. Aehnlich schon Guyet, *Arch. f. civ. Praxis* XI S. 73 ff.

9) S. über die Ungenauigkeit dieser Ausdrucksweise die Einleitung S. 3. Demelius, I.

nach der von mir vertheidigten Anschauung, um deren Richtigkeit es sich eben handelt, für den Ablauf des *dies actionis* ganz ohne Bedeutung sein würde, so ist schon früher ausgeführt worden ¹⁰⁾, dass für die vom Prätor durch sein „*actionem dabo*“ anerkannten und mit Rechtsschutz versehenen Verbindlichkeiten eine derartige Trennung der Begriffe Recht und Klagrecht unzulässig ist. Natürlich wäre es möglich, dass das Edict nach Ablauf des *annus utilis* auf Grund des nunmehr keine Klage begründenden Ereignisses immer noch eine *exceptio* verspräche oder ein auf Grund der innerhalb des *annus* bestandenen *actio* geschehenes *Constitutum* für klagbar erklärte — allein das müsste eben bestimmt in den Quellen ausgesprochen sein, und immer würde darin noch kein Argument liegen für eine bloß die Klage ergreifende, das Recht unberührt lassende prätorische Klagverjährung.

Nicht stichhaltiger ist ein anderer allgemeiner Grund für die schwächere Wirkung der *exceptio temporis*. Darauf hingesehn, dass für Obligationen, welche von vorn herein naturales waren, eine Verjährung niemals eintreten könne, wird es für ganz grundlos und unnatürlich erklärt, wenn man denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachtheiligere Lage versetzt hätte, als denjenigen, welcher niemals eine Klage hatte ¹¹⁾. Eine derartige Erwägung könnte allenfalls für einen Gesetzgeber massgebend sein, der, durchdrungen von der rechtspolitischen Heilsamkeit des Instituts, die Klagverjährung einzuführen beschlösse; wie wenig man aber Grund hat, die prätorische Annalität für eine derartige Massregel zu halten, ist vielleicht in der bisherigen Darstellung nicht unklar hervorgetreten. Wie derjenige, welcher eine vertragsmässig auf bestimmte Zeit beschränkte Forderung erwirbt, in Bezug auf die Dauer seines Rechts schlechter steht, als der Gläubiger einer zwar klaglosen, aber zeitlich unbeschränkten Obligation, so hat

10) § 2 S. 7 — 14.

11) Savigny, Syst. V S. 380. Allerdings wird diese Argumentation Göschens § 154 nur als „entferntere Bestätigung“ der schwächeren Wirkung geltend gemacht.

es auch gar nichts Inconsequentes, wenn der Prätor einem Ereignisse die Kraft zutheilte, ein klagbares, aber einen *annus utilis* nicht überdauerndes Recht zu gründen.

Ferner lässt sich für unsere Frage, ob die prätorische *exceptio temporis* eine *naturalis obligatio* bestehn lasse, auch nicht mit gewissen leitenden Gesichtspunkten operiren, welche höchstens für die Klagverjährung des neusten Rechts nicht ganz ohne Bedeutung sind. So mit der Unterscheidung in *exceptiones*, welche *odio creditorum*, und solche, welche zum Vortheile des Schuldners eingeführt worden sind. Mag man nun mit Savigny ¹²⁾ das aufgestellte Princip, dass die Einreden der ersten Art die schwächere, die der zweiten dagegen die stärkere Wirkung haben, für hinfällig, oder mit v. Scheurl ¹³⁾ für stichhaltig und auch auf den Fall der Klagverjährung für anwendbar halten, immer fehlt es an jedwedem Grunde, die prätorische Annalität unter die Kategorie der *odio creditorum* eingeführten Einreden zu bringen, man müsste denn den Declamationen der Kaiserconstitutionen, welche, wie wir weiter unten sehn werden, sogar für den dogmatischen Ausbau der Lehre unbrauchbar sind, rechtshistorischen Werth beimessen; oder in einer Argumentation des Paulus den Beweis für die Zulässigkeit jener Klassifikation finden ¹⁴⁾ l. 5 § 6 de dol. mal. except.

12) Syst. V S. 375 ff.

13) Krit. Ztschr. f. d. ges. R. w. s. s. ch. I S. 514 f. v. Scheurl legt, wie früher schon Guyet, Arch. f. civ. Praxis XI S. 66—72 das Hauptgewicht auf den Gesichtspunkt, dass die Klagverjährung die Nachlässigkeit des Klägers zu strafen bestimmt sei mit Beziehung auf den Ursprung des Instituts aus dem *annus utilis* der prätorischen Strafklagen. Zwar redet er zunächst von einem Antriebe des Klägers zur schnellen Anstellung seiner Klage, allein das läuft am Ende auf die Nachlässigkeitsstheorie hinaus. Dagegen siehe Büchel, civilr. Erörtergg. I S. 25 ff. v. Vangerow, Leitf. § 151 Anm. unter 3. Ueber den tieferen Grund der Zeitbeschränkung, welche die prätorischen Poenalklagen traf, ist wohl oben in § 3 und 4 Hinreichendes ausgeführt. — Auch Guyet a. a. O. S. 66 sieht für die prätorischen Temporalklagen von der Nachlässigkeit ab.

14) So beruft sich Büchel a. a. O. S. 26 Anm. 69 dafür, dass auch bei den Temporalklagen die *desidia* des Klägers in Betracht gezogen werde,

Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit, quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Es könne, meint Paulus, von einem tempus exceptionis schon deswegen nicht die Rede sein, weil das Exceptionsrecht nicht wie das Klagrecht vom Momente des begründenden Ereignisses an als ein wirkliches, gegenwärtiges, wirksames existire. Soll in der citirten Stelle auf die Nachlässigkeit als Grund der Verjährung Bezug genommen sein, so könnte man das weit einfacher von allen denen behaupten, in welchen ausgesprochen ist, der dies actionis könne nicht laufen, bevor es eine actio gebe.

Savigny, welcher das eben besprochene Princip verwirft, stellt an seine Stelle ein anderes; er unterscheidet zwischen Exceptionen, welche sich lediglich auf das positive ius civile, und andern, welche sich aufs ius gentium gründen. Nur die letzteren sollen nach ihm auch den naturalen Bestandtheil der Obligation unwirksam machen ¹⁵⁾.

Diese Theorie beruht sichtlich auf derjenigen Bedeutung der exceptio, nach welcher durch sie eine Thatsache geltend gemacht wird, welche zwar die Existenz des Forderungsrechts nicht aufhebt, aber doch die Klage aus demselben unwirksam zu machen im Stande ist. So sind die Fälle, an denen Savigny das Zutreffen seiner Unterscheidung darthut, sämmtlich unter jenen Begriff des Exceptionsrechtes zu bringen. Entweder ist es ein während des Bestehens der Forderung eingetretenes Ereigniss, welches derselben ihre Wirkung nimmt, so bei der exceptio rei iudicatae, pacti, iurisiurandi, wegen Processverjährung, zur Retorsion wegen ius iniquum — oder ein gleich bei dem Entstehn des Rechtsverhältnisses vorliegender Umstand, der an sich das Zustandekommen eines Rechtes

auf die abgedruckte Stelle. Noch ungerechtfertigter ist die Beziehung auf l. 15 § 3 l. 16 ex. quib. caus. maior., in welchen der Satz: negligentibus praetor non subvenit entwickelt wird.

¹⁵⁾. a. a. O. S, 377 ff.

nicht ausschliesst, dem aber die Wirkung zugeschrieben ist, der klagweisen, je nachdem auch der sonstigen Geltendmachung desselben ihre Kraft zunehmen; so bei der *exceptio Sc. Macedoniani, Velleiani, doli*. Wenn man nun die Klagverjährung als Untergang der Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten auffasst, die Ursache des Wegfalls der *actio* somit in einer der Existenz des Forderungsrechts selbständig gegenüberstehenden Thatsache findet, so würde auch die *exceptio temporis* unter die Kategorie der angeführten Einreden fallen, und der Anwendung des von S. aufgestellten Princip, falls es sonst begründet ist, nichts entgegenstehn. Allein eine derartige Auffassung ist eben nur für die theodosianische Klagverjährung, die der *actiones perpetuae* haltbar; für die *actiones temporales* ist die beregte Argumentation unzulässig, weil eben der Begriff des prätorischen *dies actionis* erst festzustellen ist. Nach der hier vertheidigten Ansicht wird durch die Einwendung der prätorischen Verjährung nicht behauptet, das zuständige Forderungsrecht sei wegen Ablaufs des *annus utilis* entkräftet, sondern der Beklagte macht geltend, dass die *actio*, das Recht des Klägers, den im Edict versprochenen *Condemnationsbefehl* zu fordern, gar nicht existire, weil die Bedingung, an welche das Erlassen jenes Befehls geknüpft war, nicht existirt. Die Aussicht aber auf denselben, das Recht, auf Grund der Edictsworte zu postuliren, ist das, was der Prätor geben konnte und gegeben hat, wodurch er ein früher rechtlich indifferentes *Factum* zu einem rechtsgründenden zu erheben vermochte. Der Ablauf des *annus* ist daher nicht eine der Existenzfrage des Rechtes an sich fremde Thatsache, welche nur dessen Geltendmachung ausschliessen oder einschränken könnte, sondern das Nichtabgelaufensein des *tempus actionis* ist nothwendige Voraussetzung zur Entstehung eines wirklichen konkret begründeten Anspruchs auf die *formula actionis*, der *tutione praetoris* bestehenden Obligation. Bekanntlich hat schon Donell ¹⁶⁾ von einem nahe verwandten Gesichtspunkte

16) *Comment. de iur. civ. lib. XVI c. VIII § 21. 22.* Für Donell in neuerer Zeit Brinz, *krit. Blätter* Nr. III S. 14 Anm. 15.

aus die Wirkung der Annalverjährung bestimmen wollen. Nur verrückt er freilich den ihm vorschwebenden Gedanken, dass die prätorische und die theodosianische Klagverjährung zwei ganz verschieden construirte Rechtsbegriffe sind, indem er diese Verschiedenheit mit dem Gegensatze einer Aufhebung *ipso iure* und *ope exceptionis* identificirt. In dieser Gestaltung war seine Ausführung einfach schon durch die Bezugnahme auf die *exceptio temporis* umzuwerfen, welche für mehrere Temporalklagen in den Quellen vorkommt ¹⁷⁾,

Allein die juristische Natur der prätorischen Annalverjährung ist ganz unabhängig von jenem Gegensatze. Intra annum hatte das Edict auf Grund gewisser Ereignisse einen Condemnationsbefehl zugesagt. Wendete der, gegen welchen dieser angesucht wurde, ein, der annus sei schon abgelaufen, es fehle mithin eine der Bedingungen, unter welchen die Formel versprochen war, und bewies er seinen Einwand, so hatte nunmehr er ein Recht darauf, dass der Prätor den versprochenen Schutz nicht gewährte. Dies ist das rechtliche Verhältniss, der Begriff der Annalverjährung. Ganz zufällig für denselben ist es, ob der Magistrat die *actio denegirte*, den Erlass des Condemnationsbefehls versagte, was allerdings der bei weitem gewöhnlichste Fall gewesen sein mag ¹⁸⁾, oder ob er ihn zwar erliess, die angeregte Verjährungsfrage aber dadurch offen hielt, dass er, was nach den Worten des Edicts Bedingung des Erlasses war, als Bedingung der befohlenen Condemnation setzte. Durch diese Formulirung wurde einfacher erreicht, was in verwickelteren Fällen auch der *dene-gatio actionis* vorherging, eine genauere Prüfung der Verjährungsfrage. ¹⁹⁾ Materiell aber wurde nichts geändert; denn, vermochte der Beklagte das Verstrichensein der Verjährungsfrist darzuthun, so war das *condemna* so gut wie nicht vor-

17) Savigny, Syst. V S. 372. Vgl. oben § 2 Anm. 18.

18) Anm. 16 cit. Dernburg, über das Verhältniss der hered. pet. S. 40. Heffter, observv. ad Gai. IV cap. XXIII p. 114.

19) Welche genauere Prüfung namentlich deswegen nothwendig werden konnte, weil der annus utilis war und somit oft verwickelte factische Umstände zur Sprache kommen mussten.

handen. Keineswegs vermag der Umstand, dass unter Umständen die Berufung auf die prätorische Verjährung in die processualische Form einer *exceptio* eingekleidet wurde, dem Ablauf des *annus* die Bedeutung einer an sich mit der Existenz des behaupteten Rechts nicht im Causalzusammenhange stehenden Thatsache zu geben. Vielmehr ist eine derartige Formulierung mit der Auffassung des *annus utilis* als Dauer der *actio* im materiellen, Praeclusivfrist für die Anstellung derselben im processualischen Sinne vollkommen vereinbar. Die exceptivische Form ist übrigens gar nicht die einzige, durch welche die Verjährungsfrage für die Verhandlungen in *iudicio* aufgespart werden konnte. Für die *actiones in factum conceptae* lässt sich vielmehr recht gut eine Aufnahme des *annus* in die *intentio* denken, etwa durch Einfügung der Worte „in hoc anno“, wie dieselbe in die Formel des *interdictum de vi quotidiana* geschehen ist ²⁰⁾.

Die besprochene Unterscheidung Savignys geht ferner davon aus, dass die *exceptio* eine aus einem naturalen und einem civilen Elemente bestehende Obligation vorfinde. Allein wie, wenn von vorn herein die Existenz des klägerischen Rechts ebenso sehr und in eben so prägnantem Sinne auf positive Recht sich gründet als die *exceptio*? Hat dann in der Klage das positive Recht mehr erzeugt, als es in der Einrede vernichtet? Schon in § 2 ist auszuführen versucht, dass der Gegensatz zwischen der *tuitio praetoris* bestehenden Obligation und der prätorischen *actio* im materiellen Sinne von vorn herein gar nicht vorhanden gewesen ist. Wie überhaupt die Herausbildung dessen, was die römischen Juristen *naturalis obligatio* nennen, als Resultat einer allmählichen Entwicklung zu denken ist ²¹⁾, zuerst nur hie und da ganz vereinzelt gewisse über die klagbare Geltendmachung hinausgehende Wirkungen der Obligation im Interesse der *aequitas naturalis*, um die scharfen Spitzen des strengen formellen Rechts abzustumpfen, zugelassen worden sind, und dann mit der Zeit, als die Fälle solcher Ausdehnung sich mehrten, be-

20) Cicero pr. Tullio c. 44. Schmidt, Interdictenverfahren S. 118.

21) S. auch Bekker, processual. Konsumption S. 285.

stimmte allgemeine Gesichtspunkte für die Annahme derselben hervortreten anfangen, der Begriff der *naturalis obligatio* abstrahirt, und dann mit demselben operirt worden ist, — so kann insonderheit für den Kreis der prätorischen Annalklagen die ursprüngliche Identität der Begriffe *actio* und *obligatio* nicht bezweifelt werden. Einmal wegen der Art und Weise, wie wir uns den Einfluss des Praetors auf die Entwicklung des materiellen Rechts zu denken haben; ferner aber auch deswegen, weil gerade derjenige Rechtskreis, den die Annalklagen betreffen, im eminenten Sinne auf rein positiven Begriffen und Sätzen beruht. Giebt es wohl positiveres Recht, als das System der römischen Privatstrafe ²²⁾ mit seinen scharfgeformten Delictsbegriffen und seinen mannigfachen Strafsätzen, oder als die auf einer Fiction beruhende *actio de peculio annalis*, oder als die *actio redhibitoria* und *quanto minoris* der Aedilen? Ist die Verjährung dieser Klagen weniger aufs *ius gentium* zurückzuführen, als ihre Einführung?

Für die Behauptung, dass die prätorische Annalverjährung eine Naturalobligation übrig gelassen, fehlt es demnach an jedem sichern Anhalte, insofern derselbe aus dem juristischen Wesen des Instituts, aus allgemeinen angeblich demselben zu Grunde liegenden Gesichtspunkten gewonnen werden soll.

§ 10.

Fortsetzung.

Wenn aus dem, was für die schwächere Wirkung der theodosianischen Klagverjährung mehr oder minder beweisend ist, auf die der prätorischen nicht zurückgeschlossen werden kann, so gewinnt ebendadurch dasjenige, was sich für die

22) Darüber Savigny, *Oblig. Recht* I S. 27 f., welcher also gerade nach seinem Principe das Uebrigbleiben einer *naturalis obligatio* nach durchgeführter *exceptio temporis* für die Strafoobligation consequenter Weise in Abrede stellen muss. Der Anspruch auf Privatstrafe war positives *ius civile*; wie kann da, wenn die Verjährung eingetreten ist, überhaupt nur die Frage entstehen, ob der *naturale*, auf *ius gentium* beruhende Bestandtheil der Obligation wirksam bleibe?

stärkere Wirkung der *exceptio annalis* anführen lässt, grösseres Gewicht. Wie man einerseits, wäre man nicht immer von der Identität beider Rechtsbegriffe a priori ausgegangen, sich schwerlich so viel vergebliche Mühe gegeben haben würde, die Beweiskraft der für die dreissigjährige Verjährung anerkannten Möglichkeit der Dauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldforderung um jeden Preis hinwegzuräumen, so hätte vielleicht auch, was für die stärkere Wirkung der Annalverjährung spricht, gerechtere Würdigung gefunden; in vielem, was gleich mit der Neigung, es als hinfällig zu erkennen, angesehen und besprochen wird, würde man, wenn auch vielleicht nicht einen stringenten Beweis, doch ein auf jene stärkere Wirkung deutlich hinweisendes Moment nicht haben verkennen können.

Was zunächst die Aussprüche der Quellen betrifft, welche man für die eine oder die andere Meinung anzuführen pflegt, so sind dieselben recht erschöpfend behandelt ¹⁾, und es braucht für die bei weitem grösste Mehrzahl derselben nur anerkannt zu werden, dass der Nachweis von der Unhaltbarkeit eines aus ihnen zu nehmenden sicheren Beweises als geführt gelten kann. Nur einer einzigen Entscheidung ²⁾ hat, wie ich glaube, auch durch Savignys Ausführungen ihr Gewicht nicht genommen werden können, der des Ulpian in l. 18 § 1 de pecun. const.

Quod adiicitur: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorum exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se solu-

1) Namentlich von Heimbach und Büchel auf der einen, von Savigny auf der andern Seite.

2) S. über die Stelle Büchel a. a. O. S. 72 f. Savigny, Syst. V S. 401 f. Aehnlich Puchta, Vorlesgg. I. Anhang VI.

turum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Zweierlei, erkennt auch v. S. an, ist in der Stelle auf unsere Frage bezügliches ausgesprochen; einmal, dass ein, solange die Obligation gültig war, eingegangenes Constitutum auch nach dem Aufhören der Gültigkeit rechtlich wirksam bleibe, und zweitens, dass dagegen nach diesem Zeitpunkte ein wirksames Constitutum nicht mehr geschlossen werden könne. Wenn daher die Stelle überhaupt von der Verjährung zu verstehn sei, so soll sich Ulpian halb für die eine, halb für die andre Meinung erklären.

Allein die Entscheidung des Juristen ist nur für die stärkere Wirkung der Verjährung beweisend. Denn dass das Constitutum, auch nachdem die actio temporalis weggefallen, noch gültig bleibt, ist nicht etwa als Wirkung der bestehen bleibenden naturalis obligatio zu denken, sondern wird einfach aus den Edictsworten: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse* abgeleitet. Darin besteht eben die plenior interpretatio derselben, dass aus ihnen nicht nur gefolgert wird, es müsse zur Zeit des Abschlusses ein debitum existirt haben, sondern auch, es genüge für die Gültigkeit des Constitutum, wenn nur beim Abschluss jenes Requisit vorhanden gewesen ³⁾. Dies wird dann consequent angewendet (*proinde et —*) auf die temporalis actio, und dann wird am Schlusse der Stelle die Meinung des Julian angeführt und gebilligt, dass auch auf einen erst nach der Endigung der zu Grunde liegenden Forderung fallenden Zeitpunkt gültig constituit werden könne. An eine übrigbleibende Naturalobligation ist bei der ganzen Ausführung nicht im Entferntesten gedacht ⁴⁾. Dass sich Ulpian halb für die eine, halb für die

3) Andere Consequenzen des für diese Entscheidung angeführten Motivs: *quia retrorsum se actio refert* s. in l. 19 § 2 l. 20 h. t.

4) Büchel a. a. O. S. 73 braucht, wenn er in l. 18 § 1 ausgesprochen findet, dass das vor Ablauf der Verjährung geschlossene Constitutum auch nachher wirksam fort dauere, nicht, wie Savigny meint a. a. O. Anm. 1., eine Ausnahme von der stärkeren Wirkung der Verjährung anzunehmen,

andere Meinung erkläre, kann somit gewiss kein Grund sein, die Stelle nicht von der Klagverjährung zu verstehn. Eben-
sowenig liegt dafür ein Grund in den am Schlusse vorkom-
menden Ausdrücken „post tempus obligationis“ und „eo tempore,
quo erat obligatio“. Dass dieselben nimmermehr ein alter
Jurist von der bloßen Verjährung der Klage gebraucht habe,
lässt sich kaum behaupten. Denn der Ausdruck tempus actio-
nis kommt bekanntlich vor, wie z. B. in l. 1 § 6 de dolo, und
bedeutet ganz dasselbe wie der häufiger gebrauchte: dies actio-
nis ⁵⁾. Dass aber aus dem Wechsel der Ausdrücke actio und
obligatio nichts zu schliessen sei, wird gerade von S. scharf
hervorgehoben. Die zweite Redeweise ferner: eo tempore,
quo erat obligatio läuft ganz auf dasselbe hinaus, wie die
von Afrikan ⁶⁾ für die actio de peculio annalis gebrauchte:
— Si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus
te intra annum sit — oder die desselben Ulpian ⁷⁾ von der-
selben Klage: Sufficiebat usque ad annum produci obligationem.
Wollte man aber auch, wozu kein Grund ist ⁸⁾, annehmen,
dass der citirte Julian nicht von der Klagverjährung geredet
habe, so würde das doch auf die ihm und dem Celsus in den
vorhergehenden Worten zugeschriebene Entscheidung keinen
Einfluss haben können. Das Nebeneinanderstellen des Falls
der Klagverjährung und einer zeitlich begrenzten Obligation

sondern es folgt dieses Fortdauern einfach aus dem von Ulpian aufgestellten
Principe von der Voraussetzung des Constitutum. Dieses kann eben fort-
bestehn, wenn auch die Obligation, auf die es sich bezieht, zu Grunde ge-
gangen ist.

5) S. oben § 3 Anm. 6.

6) l. 21 § 2 de fideiuss.

7) l. 1 § 3 quando de pecul.

8) Nimmt man mit Girtanner, Bürgschaft S. 48 ff. an, dass Theo-
philus zu § 8 Inst. de action., wenn er die ursprüngliche Bedeutung des
Constitutum, den Grund seines Aufkommens in einer Beschwichtigung des
auf Zahlung dringenden Gläubigers findet, gestützt auf ältere Ueberlieferun-
gen das Richtige sieht, so liegt die grosse Wichtigkeit des Geschäfts gerade
für die Temporalklagen ziemlich nahe, und eine Entscheidung der von Julian
und Celsus behandelten Frage musste von grossem praktischen Interesse
sein. Vgl. auch l. 29 h. t. von Paulus: Qui iniuriarum, vel furti, vel vi
bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur.

wäre dann von Ulpian geschehn, und es würde daraus erhellen, dass er die Entscheidung Julians auch auf den Fall der *temporalis actio* für anwendbar hielt. Jedenfalls aber läge es am allerfernsten, jene Schlussworte auf das *biennium ex lege Furia* zu beziehen, vielmehr würde doch immer zunächst an eine vertragsmässige *obligatio in diem* zu denken sein, wie dies auch von Büchel geschieht.

Wir haben deshalb nicht den mindesten Grund, die sich mit vollkommenster Klarheit ausdrückenden, logisch und juristisch vollkommen durchsichtigen Worte Ulpians als von den Compilatoren ungeschickt verändert zu betrachten; die Stelle ist vielmehr, was den Fall des *Constitutum* anbetrifft, für die stärkere Wirkung der prätorischen Annalverjährung vollkommen beweisend. Ist aber hierdurch einmal ein sicherer Anhaltspunkt gewonnen, so wird sich nicht läugnen lassen, dass es einseitig sein würde, andere Stellen ⁹⁾, die, falls man sie von der Verjährung versteht, ganz dasselbe bestimmen, deswegen, weil sie sich mit Mühe und Noth allenfalls auch auf etwas anderes deuten lassen, nicht von dem bei weitem am nächsten liegenden Falle der *actio temporalis* zu verstehn. Diese Stellen, denen an sich, einzeln genommen, keine Beweiskraft zukommt, sind doch nichtsdestoweniger geeignet, das, was aus l. 18 § 1 cit. mit Sicherheit hervorgeht, wirksam zu unterstützen.

Ist es demnach hervorgetreten, dass nicht nur alle für das Uebrigbleiben einer *naturalis obligatio* angeführten Gründe, was die prätorische Annalität anbetrifft, nicht zutreffen, sondern auch im Gegentheile die Aussprüche der Quellen auf eine gänzliche Vernichtung der prätorischen Obligationen durch die sie treffende *exceptio temporis* hinführen, so ist nun auszuführen, dass eben dasselbe Resultat auch aus allem dem hervorgeht, was bisher über Grund und Wesen des *annus utilis* beigebracht worden ist. So wird einerseits die stärkere Wirkung jener Einrede immer mehr ausser Zweifel gesetzt

9) Vgl. über dieselben die Auseinandersetzungen der angeführten Schriftsteller.

werden, umgekehrt aber auch für die Richtigkeit der entwickelten Grundanschauung des Instituts der *actiones temporales* eine Bestätigung erwachsen.

Die gewissen Klagen anhaftende Zeitbeschränkung ist überall erkannt worden als eine mit der innersten Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses eng zusammenhängende, aus ihr heraus zu erklärende Erscheinung. Das ist es ja eben, was uns darauf leitete, in dem dies *actionis* des prätorischen Rechts nicht eine rechtspolizeiliche Massregel zu sehn, eine processpolitische Einrichtung, sondern vielmehr ein materiellrechtliches Institut, eine individuelle Eigenschaft gewisser Rechtsverhältnisse. Für die Poenalverjährung namentlich liess sich das nachdrücklich hervorheben und ist ausführlich darzulegen versucht worden. Für sie ist auch am sichersten von jenem Charakter der *exceptio temporis* ein Schluss auf das Mass ihrer Wirksamkeit zu machen.

Weil die Poenalklagen auf Genugthuung gingen, weil ihnen die Idee der römischen Privatstrafe zu Grunde lag, war ihnen eine Zeitfrist gesetzt. Verfluss dieselbe ungenützt, so galt die strafbare Handlung, der zu verfolgende Angriff als gesühnt, der auf Verfolgung gerichtete Wille des Verletzten für nicht mehr vorhanden, die Obligation auf Zahlung von Strafe fiel zusammen. Der letzte Grund, der innerste Kern des Rechtsverhältnisses wurde von der Macht des Zeitablaufs erfasst, das Delict selbst, die Quelle jeglichen Anspruchs galt als getilgt. So steht der Untergang durch Zeitablauf auch in dieser Beziehung dem durch den Tod des Verpflichteten vollkommen gleich. In beiden Fällen liegt der Grund des Untergangs im Wesen der Strafobligation. Wie im Strafrechte Tod des Schuldigen und Verjährung des Verbrechens jede gerichtliche Verfolgung ausschliessen, das Verbrechen selbst tilgen; wie durch die Verjährung der Querel das Recht des Verletzten derart vernichtet wird, dass der Theil, den er erlangt haben würde, dem Mitberechtigten *accrescirt*, gleich als hätte der durch Verjährung Ausgeschlossene auf seinen Anspruch verzichtet ¹⁰⁾, oder wäre durch Tod hinweggefallen

10) l. 23 § 2 de inoffic.

— so stehen auch als Endigungsarten der Obligation auf Privatstrafe jene beiden Vorgänge sich gleich. Deshalb kommen sie in den Quellen ganz gewöhnlich neben einander und mit Gebrauch derselben Ausdrücke vor ¹¹⁾).

Wie sehr die Poenalverjährung den ganzen Inhalt des Rechtsverhältnisses erfasste, dasselbe von Grund aus vernichtete, sehn wir noch daraus, wie in den Quellen von der Verjährung der Injurienklage die Rede ist. Diese Klage ist recht geeignet, als Typus aller Klagen auf Privatstrafe zu dienen, indem bei ihr das ursprünglich Charakteristische dieser Rechtsmittel, die persönliche Richtung des Delicts, nach welcher es einen Anspruch auf Genugthuung gewährt, sich vom Anfang an am schärfsten ausprägte und deshalb am längsten im nationalen Rechtsbewusstsein sich erhielt. Zwar trägt sie mit einigen wenigen andern Strafklagen ein noch weiter vom vermögensrechtlichen Gesichtspunkte abgewandtes Gepräge; allein das schliesst die Berechtigung nicht aus, dasjenige, was ihr mit der ganzen Klasse von Rechtsmitteln an Eigenthümlichkeiten gemeinsam ist, auf die gemeinsame juristische Natur aller Poenalklagen zurückzuführen. Die Verjährung der Injurienklage ist in Grund und Wirkung mit derjenigen der übrigen Strafklagen gleichartig ¹²⁾).

Den Untergang der Injurienklage durch Verjährung stellt nun Ulpian ¹³⁾ demjenigen wegen *remissio* ganz gleich. In beiden Fällen, *si nuda voluntate iniuriam remisit*, und *si tempore abolita fuerit iniuria*, heisst es: *extingui iniuriarum actionem*. In beiden Fällen wird der Ausdruck *aboleri iniuriam* ¹⁴⁾ gebraucht. Gewiss ist diese Zusammenstellung ganz bezeichnend; was bei der *remissio* die *nuda voluntas*, das *derelinquere*, *ad animum suum non revocare iniuriam* bewirkte,

11) S. z. B. die Stellen in § 9 nach Anm. 3.

12) Für diese Klage ist ja wahrscheinlich (§ 4) die prätorische Verjährung zuerst entstanden und von ihr auf die übrigen Strafklagen übertragen worden.

13) l. 17 § 6 de iniur.

14) Vgl. l. 11 § 1 von Ulpian und l. 14 § 2 quod met. caus. von demselben.

das war durch das Recht als Erfolg des Zeitablaufs gesetzt: die iniuria war getilgt, der Anspruch auf Genugthuung erloschen.

In diesem Sinne werden auch folgende zwei Stellen zu erklären sein: l. 8 de neg. gest. von Ulpian

— si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus etc. —

und l. 1 § 7 de contr. tut. von demselben

Ergo et si ex causa, quae tempore finitur, obligatio aliqua fuit, tutelae contrarium iudicium esse ei opinor.

Es ist bereits gelegentlich anerkannt, dass aus diesen, wie aus vielen ähnlichen Stellen, für die Frage nach der Wirkung der exceptio temporis direct nichts sicheres gefolgert werden kann. Längnen wird sich aber nicht lassen, dass in ihnen von einer das materielle Rechtsverhältniss — causa obligationis — ergreifenden Zeitbeschränkung geredet wird. Und ebensowenig, für die l. 8 cit. wenigstens, dass Ulpian die prätorische Poenalverjährung im Auge hat. Weder auf den Fall der lex Furia sind sie zu beziehen, noch auf eine betagte Obligation, sondern auf den annus utilis einer Poenalklage. Das geht mit Sicherheit hervor aus den in l. 8 folgenden Worten:

Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut Marcellus scribit.

Wir haben hier wieder die in § 3 Anm. 16 besprochene Parallele. Nicht also, wie man gewöhnlich will, weil sie nicht mit Nothwendigkeit auf die Annalverjährung zu beziehen seien, sind unsere Stellen für eine ausdrückliche Entscheidung jener Controverse nicht zu halten, sondern vielmehr, weil eine solche, auch jene Beziehung festgehalten, in ihnen nicht liegt. Dagegen beweisen die Stellen, dass man weit davon entfernt war, in der Poenalverjährung eine nur die gerichtliche Geltendmachung treffende, aus irgend einem dem inneren Wesen des Rechtsverhältnisses fernliegenden Grunde beliebte Beschränkung zu sehen, dass im Gegentheile wie die iniuria, so auch der Grund anderer Strafklagen durch Zeitablauf getilgt, Verfolgung wegen erlittener Verletzung ausgeschlossen war.

Eine derartige Auffassung der Poenalverjährung wird aber darauf führen, das Bestehnableiben einer *naturalis obligatio tempore exacto* für undenkbar zu halten. Wo die *iniuria* oder das sonstige Delict, für welches Genugthuung zu fordern ist, durch Zeitablauf als gesühnt angesehen, dem Rechte auf Strafe zu dringen somit seine *causa*, sein juristisches Substrat entzogen wird, da liegt doch gewiss nichts ferner, als dass das *delictum tempore abolitum* nichtsdestoweniger noch gewisse schwächere rechtliche Wirkungen äussere, dass die Genugthuung, die klagweise nicht mehr gefordert werden kann, unter Umständen auf Umwegen zu erlangen sei.

Für den bei weitem wichtigsten Fall der prätorischen Verjährung ist somit die gänzliche Vernichtung der Obligation, wie sie schon aus einer sichern Entscheidung der Quellen hervorgeht, auch eine nothwendige Folge ihres juristischen Wesens, wie wir dasselbe richtig zu erkennen glauben ¹⁵⁾. Aber auch wo sonst obligatorischen Klagen gegenüber die *exceptio annalis* erscheint, lässt sich ihre durchgreifende, den Verpflichteten vollständig befreiende Wirksamkeit nicht verkennen.

Die *actio de peculio annalis* beruht auf einer künstlichen Hinausschiebung des in Folge des das Gewaltverhältniss lösenden Ereignisses eingetretenen Untergangs der Peculiarforderung ¹⁶⁾. Dadurch wurde die Existenz derselben gefristet, dass ein Fortbestehn des *peculium* über jene Auflösung hinaus fingirt wurde. Erst nach Ablauf eines Jahres sollte eintreten, was der Logik des Rechts nach bereits mit dem Momente jenes Ereignisses erfolgen musste, Befreiung des gewesenen Gewalthabers. Was nun aber *anno finito* eintrat, war eben nichts anderes, als das, was durch die künstliche Ausdehnung des Begriffs *peculium* vermieden worden war. Nach Ablauf

15) Auch, dass gegen den Untergang der Strafklagen durch Verjährung keine Restitution gegeben wurde, l. 37 de minorib. l. 18 ex quib. caus. mai. möchte ich auf die austilgende Kraft der Poenalverjährung zurückführen. Den Juristen freilich erschien die Auffassung der Strafsumme als *lucrum* massgebend.

16) S. oben in § 7.

des annus utilis erlosch die obligatio des Gewalthabers ganz ebenso, als sie vor Aufstellung der actio annalis gleich mit dem factischen Aufhören des peculium erloschen war. Darin lag die prätorische Neuerung, dass dieses Erlöschen, das Erlöschen durch Vernichtung des die Haftung des Herrn vermittelnden Vermögensganzen, desjenigen Vermögensbestandtheils, welchen man als verpflichtet ansah ¹⁷⁾, ein Jahr später erfolgte. Das ist der wahre Sinn des „usque ad annum produci obligationem“ Ulpian's ¹⁸⁾, der obligatio, quae intra annum est, African's ¹⁹⁾. Daraus folgt, dass ebensowenig, als Jemand behaupten wird, der Untergang des peculium habe nur eine schwächere, den naturalen Bestandtheil der Peculiarforderung nicht ergreifende Wirkung, dies von der exceptio annalis angenommen werden kann, welche in unserm Falle gegeben wurde ²⁰⁾. Auch das practische Motiv der Annalität, die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit, die Grenzen des peculium als eines abgesonderten Vermögenscomplexes dauernd aufrecht zu erhalten, wodurch allein die längere Dauer einer Klage möglich gemacht worden wäre, deren Formel die Beschränkung enthielt „dumtaxat de peculio“ —, musste unfehlbar auf eine gänzliche Vernichtung der Obligation führen; denn mag die Peculiarforderung durch Klage oder Einrede geltend gemacht werden, der Zusammenhang des Rechtsverhältnisses mit der Existenz seines factischen Substrats ist ein gleich nothwendiger und auf der Hand liegender.

Auch die Bedeutung der ädilicischen Klagverjährung ist nicht schwer zu erkennen, und aus ihr auf die Wirkung der von den Aedilen gegebenen exceptio ²¹⁾ zu schliessen. Die actio redhibitoria und quanti minoris enthielten eine Anfechtung des zu Stande gekommenen Kaufgeschäfts, waren bestimmt, den rechtlichen Erfolg desselben ganz oder theilweise auszuschliessen. In der Nothwendigkeit einer endlichen Feststellung

17) § 7 Anm. 1.

18) l. 1 § 3 quando de pec.

19) l. 21 § 2 de fideiuss.

20) l. 1 § 10 quando de pecul.

21) l. 48 § 2 de aedil. edict.

des in *suspensio* schwebenden Rechtsverhältnisses zwischen Verkäufer und Empfänger ist der Grund jener Verjährung zu suchen, gerade wie der Prätor auch die Restitution nur innerhalb eines *annus utilis* zuliess. Mit letzterer ist ja die *Redhibition* nahe verwandt (§ 7). Für beide ist der *annus utilis* Präklusivfrist; man redet wie von einem *tempus restitutionis* ²²⁾, so auch von einem *tempus redhibitionis* ²³⁾.

§ 11.

Die Theodosianische Klagverjährung. Ihre Entstehung. *Praescriptio longi temporis*. *Praescriptio XXX vel XL annorum*.

Es hat im älteren und klassischen Rechte keinen Untergang von Klagrechten wegen Unthätigkeit des Berechtigten gegeben. Der auf die verschiedene, beschränkte oder unbeschränkte Dauer der Klagen sich beziehende Gegensatz von *actiones temporales* und *perpetuae* beruht nicht auf der vorhandenen oder fehlenden Möglichkeit einer solchen Verwirkung durch Rechtsversäumniss, sondern darauf, dass das Recht gewisse Klagrechte nur als zeitlich beschränkte gab und anerkannte, welche, sobald ihre Lebensfrist zu Ende war, wegfielen, nicht wegen Unthätigkeit oder sonst eines hinzutretenden Umstandes, sondern eben weil sie nur für eine kurze Frist entstanden waren. Sie wurden nicht durch eine vom Recht mit dieser Wirkung versehene Thatsache aufgehoben, verwirkt, sondern hörten von selbst auf zu existiren; sie konnten auch nicht über ihr Lebensziel hinaus erhalten werden, wenn sie nicht ihr Wesen verändernd in umgewandelter Gestalt ein verjüngtes Leben erhielten.

Eine Anwendung der *exceptio temporis*, und zwar eine sehr umfangreiche und wichtige, giebt es im klassischen Rechte, welche sich unter den für die *actiones temporales* massgebenden Gesichtspunkt nicht bringen lässt und von der bisherigen Betrachtung ausgeschlossen worden ist, die *longi*

22) l. 19. 20 de minorib.

22) l. 19 § 6 de aedil. edict.

temporis praescriptio. Nur insoweit sie eben exceptio, Schutzmittel gegen die Eigenthumsklage ist, kann sie an diesem Orte überhaupt in Betracht kommen, und es ist auch dann noch nothwendig, genauer zu bestimmen, inwiefern und in wie weit jene Einrede überhaupt eine exceptio temporis genannt werden, als Fall der Klagverjährung bezeichnet werden könne 1).

Die praescriptio longi temporis war nicht nur von vorn herein Surrogat der Usucapion, ist nicht nur in der Folge aus einer Klagverjährung eine Ersitzung geworden, sondern sie ist in der That nie etwas anderes gewesen, als Ersitzung, ein Rechtserwerb per continuationem possessionis. Klagverjährung war sie niemals. Der Begriff der Klagverjährung lässt, wie wir in der Einleitung gesehn, eine doppelte Construction zu. Entweder sind die Klagen vom Rechte nur auf eine bestimmte Zeit gegeben, der Fall der actiones temporales. Dies auf die praescriptio anzuwenden wird Niemand in Versuchung sein. Oder die Klagen gehen unter in Folge einer hinzutretenden eine bestimmte Zeitdauer ausfüllenden That- sache, der Unthätigkeit des Berechtigten. Unter diesen Gedanken könnte man die praescriptio zu bringen schon eher geneigt sein. Es ist ja die Dauer einer That- sache, des qualificirten Besitzes, welche zur Ausschliessung der Eigenthumsklage führt. Aber eben, dass es der Besitz und nicht die Unthätigkeit des Eigenthümers ist, welcher als unmittelbare Ursache des rechtlichen Erfolgs anzusehn ist, charakterisirt unser Institut als Erwerb, nimmt ihm den Charakter einer Klagverjährung. Zwar stehn beide That- sachen in einem sehr nahen, causal- en Zusammenhange; nur die Unthätigkeit des Einen macht den ungestörten Besitz des Andern möglich.

1) Puchta, Kurs. d. Inst. § 208: Sie (die long. temp. praescr.) ist ein Surrogat der Usucapion und ist nachher aus dem Charakter einer bloßen Klagverjährung in den einer Ersitzung, einer Erwerbung des jene Zeit hindurch ununterbrochen ausgeübten Rechts, übergegangen. So die Meisten. Dagegen Keller, R. CP. § 93: „Man kann nicht sagen, dass durch sie jene actiones überhaupt aus perpetuae temporales geworden seien. Vielmehr gehört dieses Institut in die materielle Rechtslehre.“

Allein dadurch verliert die zweite nicht ihre Qualität als unmittelbarer, nächster Grund der Rechtsveränderung. Man könnte sich für unser Verhältniss der Worte Puchtas bedienen, durch welche er die Endigung der Haftung der Sponsoren und Fidepromissores *ex lege Furia* von der Klagverjährung ausscheiden will ²⁾: „diese Versäumniss ist nicht die positive Ursache des Erfolgs (des Untergangs der Klage), der wahre Grund des Verlustes liegt auf der Seite des Gegners“. Dass zuerst durch *X vel XX annorum possessio* nicht eine Klage, sondern nur eine Einrede erlangt wurde, also von einer Ersetzung im gewöhnlichen Sinne, nach welchem sie ein gegen Jeden zu verfolgendes Recht an der Sache gewährt, nicht die Rede war, steht der Auffassung der *Praescriptio* als Erwerb nicht entgegen, da natürlich ein Exceptionsrecht in eben so eigentlichem Sinne erworben werden kann als ein Klagrecht. Die Säumniss des Klägers kann nur insoweit in Betracht kommen, als seine Thätigkeit, sein Auftreten eine Unterbrechung oder gänzliche Beseitigung des den juristischen Erfolg vermittelnden Zustandes, des Besitzes von Seiten des Präscribenten, enthalten würde. Schritte, die einen Verlust der Klage wegen dauernder Unthätigkeit nothwendig ausschliessen würden, wie die Anstellung der Klage, oder die *Litiscontestatio*, können die *praescriptio longi temporis* nicht unterbrechen; man musste sich für den Satz, dass durch *Litiscontestatio* der Verlust der Eigenthumsklage vermieden werde, auf die das Rechtsverhältniss fixirende Bedeutung dieses Aktes berufen ³⁾.

Die *longi temporis praescriptio* ist keine Klagverjährung; wohl aber ist sie die Wurzel des Instituts der allgemeinen Klagverjährung, wie nunmehr nachgewiesen werden soll. Einen gewissen äusseren Zusammenhang beider, vermittelt durch die *praescriptio XXX vel XL annorum*, hat man nie

2) S. oben § 2 Anm. 14.

3) c. 26 de R. V. c. 10 de praescript. long. temp. Puchta, *Curs. d. Inst.* § 240 Anm. y. Ueber Stellen, welche in anderm Sinne zu reden scheinen, siehe unten § 12 Anm. 1 und Arndts *Pand.* § 163 Anm. 2 nebst den daselbst Angeführten.

verkennen können; allein es handelt sich um mehr, um die historische Entwicklung des Verjährungsbegriffs aus dem der Ersitzung, um die innere dogmatische Thatsache, dass der Rechtsgedanke, dass Klagen wegen Unthätigkeit des Berechtigten untergehn, aus der besondern Gestaltung des Ersitzungsbegriffs, nach welcher die Eigenthumsklage durch dauernden Besitz ausgeschlossen wird, hervorgewachsen und dann zu einem selbständigen hochwichtigen Dogma geworden ist.

Anfänge und Schicksale des Usucapionssurrogats sind hier nicht zu untersuchen; vielmehr genügt es, um für unsere Untersuchung einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, das Wesen der *praescriptio* dahin zu constatiren, dass sie auf der einen Seite ein Erwerb war, auf der andern eine *exceptio*, durch welche das Klagrecht des Eigenthümers vernichtet wurde. Das letztere hat sie mit der Klagverjährung gemein, durch das erstere unterscheidet sie sich scharf von derselben. Die Entwicklung, welche vom älteren Institute zum neueren führt, muss deswegen darin bestehn, dass das Moment eines vom Beklagten gemachten Erwerbes allmählig vor dem eines den Kläger treffenden Verlustes zurücktritt und endlich ganz verschwindet. Aus dem Erwerbe eines die Klage vernichtenden Exceptionsrechtes wird Verlust, Verwirkung des Klagrechtes; aus dem Untergange der Klage wegen dauernden Besitzes des Beklagten wird Untergang wegen dauernder Unthätigkeit des Klägers.

Der erste Schritt zu dieser Verflüchtigung ist dadurch geschehn, dass der Gedanke der *longi temporis praescriptio* in einer andern Form auftritt, in welcher schon ein Theil des Ersitzungsrequisits als abgestreift erscheint; ich meine die *praescriptio XXX vel XL annorum*. Während das Usucapionssurrogat immer mehr in eine Usucapion selbst aufging, hat es in dem genannten Institute einen Zweig aus sich hervorgetrieben, der sich selbständig entwickelnd wiederum zur Wurzel eines Rechtsgebildes geworden ist, das der Usucapion an Ausdehnung und practischer Bedeutung vielleicht noch überlegen ist.

Dass nun die *praescriptio XXX annorum* ursprünglich sich eng an die *longi temporis praescr.* anschloss, wie diese

Erwerb einer Einrede gegen die Eigenthumsklage durch Ersitzung war, sehen wir aus der Art, wie derselben die früheste Erwähnung geschieht, in einer Constitution der Kaiser Valentinian und Valens nämlich c. 2 de praescr. XXX vel XL annorum.

Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, quum lex Constantini iubeat, ab his possessionis (al. possessoribus) initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. etc.

Hiernach hat die lex Constantiniana ⁴⁾ bestimmt, dass, damit der Erfolg der l. t. praescriptio eintrete, das Vorhandensein eines andern Requisites (der vetustas des Besitzes) vorausgesetzt, dasjenige eines iustum initium possessionis nicht gefordert werde. Darin hat Constantins Neuerung gelegen, dass dreissigjähriger Besitz ohne iustum initium dieselben rechtlichen Folgen haben, den Besitzer ebenso sichern solle, als zehn- oder zwanzigjähriger qualificirter. Hätte man die praescriptio XXX annorum als Verwirkung der Eigenthumsklage wegen Unthätigkeit betrachtet, so wäre auf das initium possessionis gar nicht so starker Accent gefallen. So sagen auch die referirenden Kaiser in derselben Constitution:

Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu res alienas retinendo ius sibi proprietatis usurpet.

und in c. 6 eod. von Anastasius heisst es:

Ideoque iubemus, eos qui rem aliquam (al. alienam) per continuum quadraginta annorum curriculum sine quadam legitima interpellatione possederint, de possessione quidem rei seu dominio nequaquam removeri etc.

4) Höchst wahrscheinlich von Constantin dem Grossen. Man hat die lex auch seinem gleichnamigen Sohne zugeschrieben; dagegen s. Unterholzner, Verjährungslehre I Anm. 55 und ebendasselbst über angebliche Spuren eines höhern Alters der praescriptio XXX annorum.

Es ist auch bei der *longissimi temporis praescr.* die *continuatio possessionis*, welche die Rechtsveränderung hervorbringt.

In diesem Sinne lautet auch eine Erwähnung unseres Instituts bei Symmachus, epp. V, 52

Ampelium parvas aedes emisse reminisceris: XXX annorum diebus incanuit aetas possessionis: nunc procurator inveterata⁵⁾ iura supplicationibus quatit; non possessionis antiquitatem sinet inconcussam manere

und eben darauf deuten in einem andern Briefe desselben Schriftstellers (V, 64) die Worte: *Aetas prope saecularis, qua inveterata possessio est* ⁶⁾.

Ferner geht, dass die *praescr. XXX annorum* ursprünglich unter dem Gesichtspunkte einer Ersitzung aufgefasst wurde, schon daraus hervor, dass dieselbe unverkennbar in genauem dogmatischen Zusammenhange mit der *vetustas* steht ⁷⁾, welche schon im klassischen Rechte für gewisse Verhältnisse die Stelle eines *iustum initium* vertrat ⁸⁾. Auch die *vetustas* war ein Surrogat der Ersitzung, wie die *longi temporis praescriptio*. Die Entstehung beider Institute wird ja mit grosser Wahrscheinlichkeit auf dieselbe Thatsache zurückgeführt, darauf, dass es Rechte gab, welche ihrer Natur nach durch die vorhandenen rechtlichen Formen der Ersitzung nicht erworben werden konnten, für welche aber das practische Bedürfniss auf eine gleiche oder doch analoge Anwendung der Ersitzungs-idee hindrängte. Für die *l. t. praescr.* wurde an dem *iustum initium possessionis* festgehalten, das Eigenthümliche der *vetustas* musste dagegen, weil sie eine Aushülfe für Rechte gewähren sollte, für welche ein *iustum initium* durch einen Privaterwerbsact nicht denkbar war, gerade darin bestehn, dass an die Stelle dieses Requisites ein anderes trat. Die Anwendung der *vetustas* auf den Besitz von Sachen, durch welche die Einführung der *praescr. XXX annorum* vermittelt

5) Gothofredus: *intentata*.

6) Vgl. auch Unterholzner a. a. O. Anm. 53.

7) Puchta a. a. O. Unterholzner a. a. O.

8) S. darüber die Ausführung von Savigny, Syst. V § 195—197.

worden ist, liegt nun eben darin, dass man auch für dieses Rechtsverhältniss eine Vertretbarkeit des Erwerbsactes durch eine lange Zeit hindurch bestandene factische Ausübung des Besitzes statuirte. So ist es genauer, zu sagen, für die praescriptio XXX annorum werde Titel und guter Glaube durch die Dauer des Besitzes ersetzt, als dass dieselben einfach über Bord geworfen worden seien. Jedenfalls aber wird es klar geworden sein, dass das Institut Constantins ursprünglich nichts anderes ist, als eine neue, von der l. t. praescriptio verschiedene Gestaltung des Ersitzungsbegriffes. Auch in dieser Form wurde, wie es zuerst auch bei derjenigen der longi temporis possessio galt, kein Recht Dritten gegenüber, kein Klagrecht ersessen, sondern nur dem klagenden Eigenthümer gegenüber erhielt der XXX annorum possessor eine Einrede; ein Exceptionsrecht hatte er durch Ersitzung erworben. Durch das Wegfallen des iustum initium qualificirte sich die Präscription noch keineswegs ohne Weiteres als Untergang der Eigenthumsklage wegen Unthätigkeit des Berechtigten, als Klagverjährung ⁹⁾.

Aeusserlich genommen freilich lag nunmehr die letztere Auffassungsweise sehr nahe, und jemehr man schon früher geneigt gewesen war, die Ersitzung als ein rechtspolizeiliches Institut zu betrachten und in Folge dessen die Nichtanstellung der Eigenthumsklage stark zu betonen, desto schneller und leichter musste man nun zum Begriffe der Klagverjährung gelangen, des Untergangs der Klage wegen Versäumens ihrer Anstellung.

§ 12.

Fortsetzung. Ausdehnung der praescriptio XXX vel XL annorum auf persönliche Klagen.

Schon bei der longi temporis praescriptio war auf die Unthätigkeit, das Schweigen des Eigenthümers, welches an

9) Puchta: „Natürlich wurde kein rechtmässiger Besitz, wie bei dem longum tempus, sondern nur die Versäumung der Klage während jener Zeit gefordert, es war also eine reine Klagverjährung.“

sich für die Existenz und Dauer des qualificirten Besitzes irrelevant war, hier und da Gewicht gelegt worden. Wenn der Eigenthümer vindicirte, ehe das longum tempus abgelaufen war, so konnte der Besitzer auf die possessio X vel XX annorum sich nicht wirksam berufen, weil seine Restitutionspflicht auf den Moment der Litiscontestation zurückbezogen wurde. Insofern konnte man von einem Verluste des Restitutionsanspruchs wegen Unthätigkeit des Klägers reden; seine Thätigkeit hätte ja den Untergang seiner Klage verhindert. Auf diesen Gesichtspunkt lassen sich zunächst alle diejenigen Stellen zurückführen, in welchen von einem interrumpi inquietudine litis geredet, der Klagerhebung unmittelbar eine die Präscription ausschliessende Kraft zugeschrieben wird 1). Ferner weist darauf hin, dass man von einer praescriptio diuturni silentii redete, so Gordian (al. Antoninus) in c. 1 de commun. rer. alien. und ähnlich derselbe Kaiser in c. 1 si advers. creditorem: Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum —, Constantin c. 10 de acquir. et retin. possess. 2).

Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur etc.

und ebenso Diocletian und Maximian in c. 6 de praescr. longi temp.: silentii longi temporis (fehlt im Ms. Bamberg.) praescriptione depelli —.

Auch practische Consequenzen hat man bald aus dieser Auffassung der longi temp. praescr. ziehn wollen. So finden wir Spuren, dass auch der Erbschaftsklage und sogar persönlichen Klagen die Praescriptio entgegengehalten wurde, wogegen sich freilich Diocletian und Maximian sehr entschieden erklärten c. 4 in quib. caus. cess. l. t. praescriptio:

1) c. 1. 2. de praescr. longi temp. c. 4 quibus non obicitur praescr. l. t. c. 3 ubi in rem. S. § 11 Anm. 3 und weiter unten bei Anm. 16.

2) Kierulff, Theorie S. 284 Anm. bezieht die c. 10 cit. auf einen Streit, wer Besitzer der Sache sei.

Hereditatem autem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto, vel donato seu alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio noceat ³⁾.

und in c. 5 quib. non obiicitur l. t. praescr.

Neque mutui, neque commodati, aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obiici posse, certi iuris est ⁴⁾.

Offenbar hätte man auf die von den Kaisern verworfene Ausdehnung des Instituts auf Fälle, in welchen an Ersitzung nicht zu denken war, gar nicht kommen können, wäre nicht die Idee des diuturnum silentium vermittelnd wirksam gewesen. Durchdringen konnte sie, so lange die Praescriptio noch mit

3) Dasselbe sagen Ebendieselben in c. 7 de petit. hered. mit Angabe des Motivs: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione non submoveri nemini incognitum est, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. etc. und in c. 8 de iure deliberandi.

4) Ebenso c. 21 de eviction. von denselben Kaisern: Emti actio longi temporis praescriptione non submovetur, licet post multa spatia rem evictam emtori fuerit comprobatum. Für die actio tutelae c. 8 arbitr. tut. und für die actio communi dividundo und familiae herciscundae c. 3 in quib. caus. cessat l. t. praescr. von Ebendenselben. In der letzten Zeit vor der lex Constantianiana, unter Diocletian und Maximian, muss die Neigung, die l. t. praescr. auf persönliche Klagen zu erstrecken, besonders hervorgetreten sein, wie eben aus den vielen dagegen gerichteten Verordnungen dieser Kaiser hervorgeht. Doch findet sich auch schon aus früherer Zeit eine Spur c. 8 de neg. gest. von Antoninus (Elagabalus): Adversus eos, qui negotia tua gesserunt, negotiorum gestorum iudicio civiliter consiste; nec tibi oberit, si propter occupationes militares eam litem tardius fueris exsecutus, quum hoc genus actionis longi temporis praescriptione excludi non possit. Nicht hierher gehört c. 5 Cod. Theodos. finium regundorum von Theodosius, Arcadius und Honorius (im Cod. Just. ganz umarbeitet c. 6 fin. reg.). Das — sine observatione temporis — in c. 5 bezieht sich auf die bei der finalis quaestio wegfallende Einrede der Ersitzung vgl. c. 4 Cod. Theod. eod.

dem gesammten Usucapionsapparate des *iustum initium* behaftet blieb, natürlich nicht ⁵⁾).

Anders nachdem auch dem Besitzer ohne *iustum initium* in der *praescriptio XXX vel XL annorum* ein Schutz gegen die *Vindication* erwuchs. Nun musste jene Theorie vom *longum silentium* sich immer mehr hervordrängen; ging doch die Thatsache, welche in ihrer Dauer dem Beklagten Sicherheit verschaffte, die einfache *possessio*, nicht über dasjenige hinaus, was überhaupt vorhanden sein musste, damit die Eigenthumsklage existire. So ist denn gleich nach der *lex Constantiniana* die Ausdehnung der neuen *praescriptio* auf persönliche Klagen versucht worden. Die Kaiser Constantius und Constans halten indessen daran fest, dass auch dem neuen Institute die Ersatzungs-idee zu Grunde liegt, und dass eine Anwendung der den Erwerbsact vertretenden *vetustas* nur auf das bei in rem actiones obwaltende Verhältniss denkbar ist. Sie verwerfen deswegen sehr nachdrücklich jene Ausdehnung und schärfen nur dem Richter ein, Ansprüche, welche ohne offenbaren rechtmässigen Grund lange Zeit hindurch nicht geltend gemacht worden sind, desto genauer zu prüfen. Dies ist der Inhalt der c. 2 Cod. Theodos. de long. temp. praescr., welche zugleich mit c. 1 desselben Titels von Cuiac aus unbekannter Quelle dem Codex Theodosianus eingefügt worden ist.

Annorum XL praescriptio, quam vetustatem leges ac iura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur. Quare in praesenti et in ceteris causis id potissimum servabis atque custodias, nisi iure veteri comprehensum sit, actionem, quae movetur, propter vetustatem non debere moveri (lies: removeri ⁶⁾.) Sed quamvis actio pecuniae postulatae

5) Eine durch die Doctrin eingeführte Anwendung der *longi temporis praescriptio* auf persönliche Klagen behauptet mit Berufung auf Paulus S. R. V, 5 a § 8. Reinhardt, die *usucapio* und *praescriptio* des römischen Rechts S. 205. 238. Dagegen s. indessen Thon Ztschr. f. CR. u. Pr. VIII S. 18 Anm. 3.

6) Zur Rechtfertigung der vorgeschlagenen Lesart mag folgendes dienen. Im zweiten Satze *Quare* — *moveri* muss, wie die Stelle gewöhnlich

exceptione temporis non finiatur, iudex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis iustis causis existentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem; ut diligentius his consideratis, ex officio iudicantis, quid pronunciari super huiusmodi actionibus oporteat aestimetur. (349)

Nach dieser deutlichen Erklärung scheint die Neigung,

lautet, der *acc. c. inf. actionem non debere moveri* von *comprehensum sit* abhängen. Denn bezöge man ihn auf das *id* zurück, so machten die Kaiser darauf aufmerksam, dass jede Klage verjähre, falls nicht im alten Rechte eine Ausnahme gemacht sei, was sinnlos ist. Aber auch wenn der *Acc. c. inf.* von *comprehensum sit* abhängt, enthält der Satz einen ganz schiefen Gedanken. Dann ginge das *id* auf den vorigen Satz. „Du sollst in diesem Falle und in den übrigen darnach (dass die *praescriptio XL annorum* persönlichen Klagen nicht entgegengesetzt werden kann) dich vor Allem richten, ausgenommen den Fall, wo nach altem Rechte die *vetustas* der Klage entgegensteht.“ Nach altem Rechte konnte aber eben nur *speciales in rem actiones* gegenüber die *praescriptio* geltend gemacht werden. An die *actiones annales* kann natürlich nicht gedacht werden (wegen des *propter vetustatem*) und auch der ganz singuläre Fall der *l. 57 § 1 de ritu nuptiarum*, den Jacob. Gothofredus *ad c. 2 cit.* im Auge hat, fällt nicht in den Kreis der persönlichen Klagen. Die Kaiser würden daher erlauben, dann vom Principe, dass alle persönlichen Klagen nicht verjähren, abzugehen, wo nach altem Rechte *actiones in rem* verjähren. Das wäre doch nicht gerade besonders scharf gedacht. Dazu kommt, dass die Beziehung des *id* auf den vorigen Satz etwas unerträglich schleppendes hat, während jeder Leser erwartet, dass dem *id potissimum servabis* nunmehr die eigentliche Vorschrift folge. Auch die Phrase „*actionem, quae movetur, non debere moveri*“ dürfte sogar in einer späteren Kaiserconstitution Bedenken erregen, weshalb schon Jacob. Gothofredus *l. c.* für *debere moveri* lesen wollte *deberi*. Alle diese Bedenken fallen weg, und die Stelle gewinnt einen klareren, entschiedeneren Sinn, wenn man statt *debere moveri* mit Verdoppelung der Endsilbe *re* liest *debere removeri*. Das wird dem Praeses Argyrius eingeschärft, dass, abgesehen von den im alten Rechte geordneten Fällen (der *praescriptio XL annorum* gegenüber den *actiones in rem speciales*) keine Klage durch *vetustas* erlöschen solle. Auch das „*Quare*“ erhält dann erst einen vernünftigen Sinn. Der Ausdruck *removeri* von einer *actio* gebraucht kommt vor z. B. in *l. 10 de V. S.*, von einer durch eine *replicatio* entkräfteten *exceptio* in *c. 18 ad SC. Velleian.* Aehnlich heisst es in *l. 1 § 10 ad SC. Turpill.* von einer *accusatio*: *quam temporis spatium — removeret*, und in *c. 21 de eviction*: *Emti actio longi temporis praescriptione non submovetur.* —

die Praescriptio auf persönliche Klagen auszudehnen, einige Zeit lang sich nicht mehr geltend gemacht zu haben. Dagegen ist die vetustas über den Kreis der eigentlichen actiones in rem speciales hinaus auf manche Verhältnisse angewendet worden.

So wurde eine praescriptio XXX vel XL annorum zugelassen gegen die colonatus aut inquilinatus quaestio. Wenn auch von einem Besitze, der in seiner Dauer zum Erwerbe führte, in eigentlichem Sinne bei Colonen, die sich von ihrem Wohnsitze hinweg in den Dienst einer Corporation begeben hatten, nicht gesprochen werden kann, so lag es doch nahe, auch für dieses Verhältniss der vetustas, als Vertreterin eines iustum initium des angefochtenen Rechtszustandes, eine befestigende Kraft zuzuschreiben.

Dies ist nun geschehn bei Gelegenheit einer durchgreifenden Regelung, welche das Rechtsverhältniss, von dem die Rede ist, durch die Kaiser Arcadius und Honorius im Jahre 400 erfuhr ⁷⁾. Einmal verordnen sie ⁸⁾

Eum, qui curiae vel collegio vel burgis ceterisque corporibus intra eandem provinciam post ⁹⁾ triginta annos in alia quadraginta sine interpellatione servierit, neque res dominica, neque actio privata continget, si colonatus quis aut inquilinatus quaestionem movere tentaverit.

Dann sollen diejenigen Kinder entwichener Colonen, nach deren Geburt schon vierzig Jahre verlaufen sind, nicht abgefordert werden dürfen, während hinsichtlich derjenigen „qui intra hos proxime quadraginta annos docebuntur suscepti“, eine Theilung zwischen der civitas des Colonen und der der Frau vorgeschrieben wird ¹⁰⁾.

7) In einer umfangreichen an den Praefectus praetorio von Gallien Vincentius erlassenen Verordnung, von welcher uns Theile erhalten sind in c. 1. 2. 3 Cod. Theodos. de his qui conditionem propriam reliquerunt c. un. Cod. Theod. utrobi c. 13 Cod. Just. de agricolis c. 6 C. Just. de fundis rei privatae = c. 2 Theodos. cit.

8) c. 2 cit. vgl. c. 3 cit.

9) Cod. Just. per.

10) c. 1 cit.

Lag es nun, wie gesagt, überhaupt nicht fern, die *vetustas*, nachdem sie einmal gegen die *actiones in rem speciales* von anerkannter Wirksamkeit war, auf das *Colonatsverhältniss* zu übertragen, so konnte man auch schon in der Verjährung der eigentlichen Statusklagen, welchen die *colonatus aut inquilinatus quaestio* zu vergleichen war ¹¹⁾, einen Anknüpfungspunkt für die Zulassung der *Praescriptio* finden. Daher die Anfangsworte der c. 2.

Actiones publicas privatasque non eadem ratione concludimus, si quidem statui publico impensius providendum est.

Je mehr aber der Kreis, in dessen Bereiche die *praescriptio XXX annorum* Anwendung fand, sich erweiterte, desto mehr hat die Praxis wieder angefangen, auf die Gleichstellung der *actiones de universitate* und *personales* mit den *in rem speciales* in dieser Beziehung hinzudrängen. Als daher endlich Kaiser Theodosius ¹²⁾ diesem Drängen nachgab, da eröffnete er sein Gesetz mit den Worten:

Sicut in rem speciales ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur.

So war die Auffassung der *praescriptio XXX annorum* als Untergang der Eigenthumsklage wegen Unthätigkeit des Berechtigten, wegen *silentium* oder *taciturnitas*, durchgedrungen. Bevor dies geschah, so lange man an der Qualität des Instituts als Ersitzung festhielt, konnte jene Gleichstellung nicht erfolgen, und nachdem es geschehn, der Begriff der *inveterata possessio* abhanden gekommen war, konnte sie kaum ausbleiben. Scharf genug hebt Theodosius den leitenden Gedanken seiner allgemeinen Klagverjährung hervor ¹³⁾:

11) c. 3 — de statu eius sententia —.

12) c. un. Cod. Theodos. de action. certo temp. finiendis von Theodosius dem Jüngeren. Ueber die Meinung des Cuiac, observv. XVIII, 26, welcher die Einführung der allgemeinen Verjährung Theodosius d. Grossen zuschreibt, s. Jacobus Gothofredus ad c. cit. und nach ihm Unterholzner I S. 60 ff.

13) c. un. cit. § 1.

Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem und weiter unten:

quae —, triginta annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.

— tempora, quae — iugi taciturnitate fluxerunt¹⁴⁾. Das ist jener Gedanke, der sich zuerst aussprach, als man die praescriptio longi temporis praescriptio diuturni silentii nannte, und aus dem Schutzmittel zehnjährigen rechtlich erworbenen Besitzes eine Ausschliessung des säumigen Gläubigers oder Erbschaftsklägers machen wollte. Zurückgewiesen bemächtigte er sich der weniger scharf construirten praescriptio XXX annorum und verwandelte den Erwerb durch inveterata possessio zum actionem triginta annorum iugi silentio vivendi ulterius non habere potestatem¹⁵⁾.

14) § 4 eod.

15) Wie eng die Idee der Verjährung der Vindication an die der Ersitzung sich anschliesst, scheint mir auch aus Folgendem hervorzugehn. Bei der longi temporis praescriptio fand bekanntlich accessio possessionis statt l. 14. 15 de divers. tempor. praescript. l. 76 § 1 de contrah. emt. Beim Erwerb durch inveterata possessio nach der lex Constantiniana konnte dies natürlich nicht anders sein. Als aber aus dieser Ersitzung, wie oben geschildert, eine Klagverjährung wurde, da hätte streng genommen die accessio possessionis wegfallen müssen. Denn der Besitz des Successors ist eine neue Rechtsverletzung, die Klage gegen ihn ist nicht die gegen seinen Vorgänger, sondern die ist mit dem Verluste des Besitzes erloschen, an ihre Stelle eine neue getreten, welche im Momente des Besitzerwerbs durch den Successor nata ist. Das Successionsverhältniss des zweiten zum ersten Besitzer hat mit dem rechtlichen Verhältnisse des ersteren zum Eigenthümer nichts zu schaffen. Der zweite Besitzer haftet aus seinem Besitze, nicht aus dem seines auctor. Das wäre die principiell richtige Entscheidung; s. auch Kierulff, Theorie S. 200. Nun ist aber dagegen geltend gemacht worden, dass in den Quellen das Gegentheil festgesetzt ist c. 7 § 1 de praescr. XXX ann. c. 14 de fund. patrimon.; wogegen c. 8 § 1 de praescr. XXX ann. nicht beweist Savigny, Syst. V S. 362 ff. Wie ist die Vorschrift der Quellen zu erklären? Savigny hält sie für principiell richtig; allein er unterscheidet nicht zwischen Untergang der Eigenthumsklage wegen Unthätigkeit und dem wegen Erwerbs von Seiten des Beklagten; er erklärt

Ich will nun noch versuchen, diesen Gang der Begriffsbildung an einem speciellen Dogma der Lehre zu verfolgen. Schon oben in § 8 haben wir gesehen, dass der Rechtsgedanke einer Unterbrechung der Verjährung, *interpellatio*, etwas der theodosianischen Klagverjährung eigenthümliches, bei der des älteren Rechts sich nicht vorfindendes ist. Nur wo an die Dauer eines Zustandes der Eintritt der Rechtsveränderung geknüpft ist, kann eine Unterbrechung gedacht werden. So zunächst für die Ersitzung. Durch die Dauer eines qualificirten Besitzes entsteht ein Recht. Was die Dauer des Besitzes unterbricht, unterbricht die Ersitzung. Ebenso bei der Klagverjährung, dem Untergange der Klage durch dauernde Unthätigkeit. Was die Dauer der Unthätigkeit ausschliesst, ist Unterbrechung der Verjährung. Wenn nun die Idee der Klagverjährung ein Ausfluss der Ersitzungs-idee ist, ersteres Institut dadurch zur Entstehung gelangte, dass das Wegfallen der Eigenthumsklage, während es zuerst Wirkung fortgesetzten Besitzes war, als Wirkung fortgesetzter Unthätigkeit gefasst und behandelt wurde, so muss auch an die Stelle der Unterbrechung des Besitzes Unterbrechung der Unthätigkeit getreten sein. Es ist nun interessant zu beobachten, wie die Umwandlung der *usurpatio* der Ersitzung in die *interpellatio* der Klagverjährung allmählich vor sich geht und zwar natürlich dem Gange der dargestellten Rechtsbildung ganz parallel.

die *longi temporis praescriptio* ohne weiteres für eine Klagverjährung. Nur beim Erwerb durch *longi temporis possessio* ist *accessio possessionis* streng genommen zulässig, nicht beim Klaguntergange durch *longum silentium*. Ich glaube die zugelassene *accessio possessionis* als einen Ueberrest erklären zu dürfen, welcher der *praescriptio XXX annor.*, als sie schon Klagverjährung war, aus der Zeit her noch anklebte, in welcher sie Ersitzung durch *vetustas*, eine die *longi temporis praescriptio* ergänzende Ersitzungsform gewesen ist. So sind noch im neusten Rechte der Klagverjährung nicht alle Spuren ihrer Entstehung abgestreift.

Die Succession des Erben fällt übrigens unter einen ganz andern Gesichtspunkt; nicht weil er in den Besitz, sondern weil er in das auf denselben gegründete Rechtsverhältniss des Erblassers zum Eigenthümer succedirt, sich daher auf das *silentium* gegen seinen Erblasser berufen kann, darf der Erbe sich die Besitzzeit des letzteren zurechnen.

Wie die Idee eines *longum silentium* schon in die *longi temporis praescriptio* getragen wurde, so finden sich auch für sie die ersten Spuren des Gedankens einer von der Dauer des Besitzes unabhängigen *interpellatio*. Es sind dies diejenigen Stellen, in welchen der *Litiscontestatio*, durch welche der Ablauf des *longum tempus* unschädlich gemacht werden konnte, wie der der *Usucapionszeit* ¹⁶⁾, geradezu eine unterbrechende Wirkung zugeschrieben wird ¹⁷⁾. Da es allerdings dem praktischen Resultate nach auf eins hinauskommt, ob der Beklagte gar nicht ersessen, oder ob er dies zwar gethan hat, aber doch zur *Restitution* genöthigt wird, so war es vollkommen unverfänglich, von einer *interruptio inquietudine litis* zu reden, und diese Auffassung ist vielleicht mit die Ursache zu den besprochenen Versuchen, die *diuturni silentii praescriptio* auf persönliche Klagen anzuwenden.

Natürlich wird man die *praescriptio XXX annorum* noch entschiedener von diesem Gesichtspunkte angesehen haben. Anfangs, als das Institut noch den Charakter einer Ersitzung trug, war nach streng juristischer Auffassung die *Litiscontestatio* nur uneigentlich eine *interruptio* zu nennen. Allein ganz in dem Masse, als sich dieser Charakter immermehr verwischte, der Gedanke der Klagverjährung hervortrat, wurde die *Litiscontestatio* zur wirklichen Unterbrechung. So ist schon, als die *praescriptio* gegen die *colonatus vel inquilinatus quaestio* zugelassen wurde, die Klaganstellung eine *interruptio* im eigentlichsten Sinne geworden, indem durch sie eben der Zustand, dessen Dauer zu seiner Unanfechtbarkeit führen sollte, das *servire curiae etc.*, *functum esse officii*,

16) Vgl. oben § 11 Anm. 3.

17) c. l. de praescript. longi temp. c. 2 eod.: *Longi temporis praescriptio his, qui bona fide coeptam possessionem et continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari. c. 4 quib. non obiicitur: Si possessio inconcussa sine controversia perseveraverit — etc. c. 2 ubi in rem actio: — lite — ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata —.* Auch diese Stellen fallen mit Ausnahme der c. l. von Severus und Antoninus unter oder nach Diocletian und Maximian, also in die Zeit, wo jene Neigung, den Kreis der *praescriptio* zu erweitern, so lebhaft hervortrat.

gestört wurde ¹⁸⁾. Hier war in der That die conventio zugleich Unterbrechung der conditio des Colonen und interpellatio von Seiten des Grundherrn. Für alle Rechtsverhältnisse, auf die sie angewandt wurde, war bald die praescriptio wahre Klagverjährung, die Anstellung der Klage wirkliche Unterbrechung. Wie demnach überhaupt der Begriff eines Untergangs der Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten an der praescriptio XXX ann. sich gebildet hat, so finden wir bei ihr auch zuerst die Unterbrechung durch wirksame Klaganstellung. Auch hier war schon bei der longi temporis praescr. ein ähnlicher Gedanke erschienen, der jedoch erst an dem jüngeren Institute in den einer wirklichen Unterbrechung der Verjährung übergeht. Theodosius hat natürlich das von den actiones in rem speciales Geltende auch auf die übrigen Klagen ausgedehnt und sagt nun ganz allgemein (§ 1) Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant potestatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio ¹⁹⁾.

Wie nun theils für die conventio gewisse Surrogate unter Umständen zugelassen wurden ²⁰⁾, theils auch gewissen aussergerichtlichen Ereignissen die Qualität einer interruptio praescriptionis beigelegt wurde ²¹⁾, gehört zunächst nicht weiter hierher; es kam blos darauf an, zu erkennen, dass zugleich mit der Entstehung des Begriffs der Klagverjährung auch der der interruptio entstanden ist, der Unterbrechung des iuge silentium durch Interpellatio.

Ich glaube jedoch auch in der weiteren Ausbildung des Dogma von der Unterbrechung der Klagverjährung eine

18) c. 1—3 Cod. Theodos. de his qui conditionem.

19) Vgl. c. 4 s. f. c. 1 § 1 c. 2 § 1 de annali except. Nov. Valent. tit. XXVI § 3.

20) c. 2 de annali except.

21) c. 7 § 5 de praescr. XXX ann.

analoge Anwendung des für die in rem actiones geltenden und für sie aus der Ersitzungsidee hervorgegangenen Rechts auf die persönlichen Klagen erblicken zu können.

Zur Ersitzung war vor allem erforderlich, dass der Ersitzende die Sache mit dem animus possidendi inne habe; wer nom. alieno besitzt, kann nicht ersitzen²²⁾. Das ist von der longi temporis possessio auf Constantins Institut übergegangen²³⁾. Als aus der Ersitzung durch vetustas Ausschliessung der Eigenthumsklage wegen diuturnum silentium wurde, musste, was früher Erforderniss des Besitzes war, als Voraussetzung des Begriffs silentium gefasst werden²⁴⁾. Für die persönlichen Klagen hatte natürlich nie von Besitz auf Seiten des Schuldners die Rede sein können; allein wohl war auch zwischen Schuldner und Gläubiger, wie zwischen Besitzer und Eigenthümer eine Beziehung denkbar, welche den Begriff des silentium ausschloss. Ebensogut, wie der Pächter als precario possidens erschien, gegen welchen Unthätigkeit des Eigenthümers gar nicht silentium in juristischem Sinne ist, konnte auch die Befriedigung des Gläubigers unterbleiben, ohne dass ihm das Unterlassen der Klage als taciturnitas angerechnet werden kann. Dies war immer der Fall, wo das Factum der Nichtleistung nicht als eine dem Rechte des Gläubigers widersprechende Thatsache erschien, die Nichtleistung vielmehr als eine vom Gläubiger precario zugelassene und nur in diesem Sinne vom Schuldner ausgesetzte anzusehn war. Wo sich die darauf gerichtete Willensmeinung beider Theile unzweifelhaft factisch aussprach, stand der Schuldner für den Gesichtspunkt des diuturnum silentium in der That dem precario possidens der dinglichen Klagen, dem Pächter oder sonstigen detentor ganz gleich. Wie letzterem der ani-

22) l. 25. 13 pr. de usurpat.

23) c. 2 de praescr. XXX annorum: Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur — quum lex Constantiniana iubeat, ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. —

24) c. 7 § 6 in fin. 8 § 1 eod.

mus possidendi, so fehlte ersterem gleichsam der animus non solvendi. Factisch aussprechen konnte sich jene Willensrichtung auf verschiedene Weise. Zunächst ganz ähnlich dem Lohn zahlenden Pächter durch Zinszahlung von Seiten des Schuldners. Man kann in der That von ihm sagen (vgl. c. 2 Anm. 23): ita non solvit, ut ob hoc ipsum solitam debeat praestare mercedem. Jede Zinszahlung bewies, dass bis zum Moment derselben der Schuldner sich selbst als einen Verpflichteten ansah, ein solcher sein wollte. Vom Momente der unterlassenen Zinszahlung an begann die praescriptio triginta annorum zu laufen ²⁵⁾; von jeder Zinszahlung wurde sie unterbrochen. Natürlich konnte, was in diesem Acte sich aussprach, auch in andern Vorgängen sich bethätigen. Jedes rechtliche Ereigniss, welches sich als Anerkennung des klägerischen Rechts betrachten lässt, muss die Verjährung der persönlichen Klage unterbrechen ²⁶⁾, da durch das vorgenommene Rechtsgeschäft constatirt wird, dass der Schuldner, wie der precario possidens bei dinglichen Klagen, nichts dem Rechte des Gläubigers widersprechendes prätendirt.

Von selbst versteht es sich, dass für die Dogmatik der Klagverjährung, wie letztere als ein ganz selbständiges Rechtsinstitut durch die Legislation herausgebildet und von der Wissenschaft erfasst worden ist, jenes enge Anschliessen an die Theorie der praescriptio gegen dingliche Klagen nicht massgebend sein kann; es würde nur zu Unklarheiten führen, wollte man, statt die Lehre aus ihrem selbständigen Grundgedanken heraus auszubauen, sich in dergleichen Analogien ergehen. Allein für die historische Thatsache, dass die Klagverjährung ein Auswuchs der Ersitzung ist, was zuletzt als selbständige, hochwichtige Rechtslehre dasteht, ursprünglich eben nur als durch practisches Bedürfniss und die ihm entgegenkommende Gesetzgebung vermittelte analoge Anwendung eines andern Rechtsgedankens, Ausdehnung desselben über

25) c. 8 § 4 h. t. c. 19 de fide instrum.

26) Einzelne Fälle derartiger Unterbrechung in c. 7 § 5 de praescript. XXX ann. c. 5 de duob. reis. l. 18 § 1 de pec. const. Savigny, Syst. V. S. 314 f. Ueber l. 18 § 1 cit. s. oben § 9.

sein eigentliches Gebiet hinaus anzusehn ist — für diese historische Erscheinung ist es gewiss beweisend und bezeichnend, wie der Begriff der interruptio praescriptionis nicht nur an den späteren Formen der Ersitzung entstanden ist, sondern auch seine weitere Ausbildung für persönliche Klagen zunächst auf das Recht der actiones in rem speciales und durch dasselbe auf das der Ersitzung unverkennbar zurückweist. Liegt hier nicht bewusstes Nachbilden vor, so gewiss doch ein Getriebenwerden der Gesetzgebung durch eingelebte Rechtsanschauungen.

Ferner entspricht es auch der angenommenen Entwicklung, dass die Motive, welche für die Zulassung der Klagverjährung angeführt werden, ganz dieselben sind, auf welche man die Ersitzung zurückführte. Letztere ist bekanntlich nach der Anschauung der römischen Juristen bono publico introducta ²⁷⁾, im Interesse der Rechtssicherheit, ne rerum dominia diutius in incerto essent ²⁸⁾, ut aliquis litium finis esset ²⁹⁾. Ganz in diesem Sinne, nur freilich schwülstiger, reden die Kaiser von der Klagverjährung.

So sagt Valentinian III in einer Novelle ³⁰⁾, welche er mit einer Betrachtung über die Pflichten eines bonus princeps eröffnet, im Laufe der Verordnung (§ 3)

Ad quam benevolentiam praecipue nos hortata est lex domini patris clementiae meae Theodosii perennis Augusti, qua, virtutum suarum morem secutus, humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post XXX annos nulla penitus iurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari. —

und ruft schon im pr. der Novelle aus:

Quis ferat, institui iurgia, quae avi et proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula in infinitum transacta defendunt?

27) l. 1 de usurpation.

28) l. 1 cit. Gaius II § 44.

29) l. 5 pr. pro suo. Cicero pro Caecin. c. 26.

30) Nov. Valentin. tit. XXVI.

Am Schlusse endlich ermahnt er den Pr. P. Firmin, durch Verbreitung des Gesetzes dafür Sorge zu tragen,

ut post triginta annos perniciosa diversarum omnium causarum propositio conquiescat.

Anastasius spricht sich in c. 4 de praescr. XXX ann. sehr entschieden gegen alle Versuche aus, die Anwendung der Klagverjährung wieder zu beschränken und stellt am Schlusse das, was durch die allgemeine Anwendung erreicht werden solle, in folgenden Worten hin:

Sed quicumque super quolibet iure quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata iudiciaria conventionem possedit, superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla iudiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus.

Justin endlich in c. 7 pr. h. t. bezeichnet als Zweck der von ihm vorgeschriebenen Verjährung der actio hypothecaria gegen den Schuldner selbst,

ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur.

Namentlich ist die allzugrosse Schwierigkeit des Beweises im Falle einer zulange verschobenen Klage nicht ohne Erwägung geblieben. Obwohl in c. 2 Cod. Theodos. (S. 91) die Kaiser Constantius und Constans die Anwendung der Verjährung auf persönliche Klagen verbieten, so weisen sie doch den Richter an, auf die „instrumenti vetustas“ geeignete Rücksicht zu nehmen. Und Justinian hebt die in nov. 9 eingeführte hundertjährige Verjährung für Kirchen und fromme Anstalten in nov. 111 wieder auf, weil sich zu viele practische Uebelstände ergeben hatten,

quoniam per tantum saeculi magis quam temporis spatium nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari.

Für die Fälle der vorthodosianischen Verjährung ist keine Spur einer derartigen Auffassung zu entdecken; vielmehr haben wir in den ersten Abschnitten dieser Abhandlung gesehen, dass sowohl für die prätorischen Poenalklagen, als für die andern zeitlich beschränkten Rechtsmittel der Grund der

Beschränkung wo ganz anders liegt, in der materiellen eigenthümlichen Natur nämlich der betroffenen Rechtsverhältnisse.

Ebenso ist es mit dem zweiten bei der Zulassung der allgemeinen Klagverjährung in Betracht kommenden Gesichtspunkte, dem einer auf Seiten des Klägers vorhandenen Nachlässigkeit. Für die Temporalklagen ist derselbe nirgends auch nur angedeutet ³¹⁾. Dagegen bildet er, wie für die Ersitzung, so auch für die Klagverjährung ein unterstützendes Moment, insofern die letztere zwar nicht als eine poena negligentiae hingestellt werden, man sich aber doch zu ihrer Rechtfertigung auf die klägerische Nachlässigkeit berufen kann ³²⁾. Hier ist nun zu beachten, dass, wie für die Ersitzung nur nebenbei und indirect Beziehung auf die desidia des Klägers genommen wird ³³⁾, auch in den früheren Constitutionen, die von der Klagverjährung handeln, dieser desidia keine directe Erwähnung geschieht, vielmehr nur eine derartige Andeutung vorkommt zur Motivirung der von Theodosius getroffenen bekannten transitorischen Bestimmung in § 4 der c. 1.

ne qua otioso nimis ac desidi quaerimonia relinquatur. Erst Justinian hat den Gesichtspunkt der Nachlässigkeit entschieden hervorgehoben in c. 1 in fin. de annal. except.

Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant?

c. 2 pr. cod.

— sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia und am Ende der c. 3 cod.

— cum contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt.

Je weiter eben die Verjährungsidee sich von der einer Ersitzung entfernte, je selbständiger der Gedanke eines Unter-

31) Vgl. oben § 9 bei Anm. 13.

32) Savigny a. a. O. S. 269 ff.

33) Gaius II, 44 quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est. Ebenso l. 1 de usurpat.

ganges der Klage wegen Unthätigkeit des Berechtigten erfasst wurde, desto schärfer konnte mit der Zeit jene Bezugnahme auf *desidia* und *suum ius contemnere* sich geltend machen.

§. 13.

Schluss.

Ich hoffe, dass es mir in Vorstehendem gelungen ist, meine Ansicht über die historische Entstehung des Rechtsbegriffs der Klagverjährung nicht bloß darzulegen, sondern auch für die Haltbarkeit desselben Manches beizubringen. Es bleibt nur noch zweierlei übrig. Einmal über die ferneren Schicksale des fertigen Instituts auf die erschöpfende Darstellung Savignys zu verweisen. Ferner aber kurz anzugeben, wie sich im neusten Rechte jene alten Temporalklagen zur allgemeinen Klagverjährung verhalten, was in Folge des Aufkommens der letzteren aus dem älteren Institute geworden ist.

Das lässt sich einfach so bestimmen, dass das ältere in dem jüngeren aufgegangen ist. Nachdem einmal die Anschauung, dass Klagen wegen dauernder Unthätigkeit des Berechtigten untergehn, ins Recht gekommen war, konnte es nicht fehlen, dass man auch das *diem exire* der Temporalklagen von diesem Gesichtspunkte auffasste. Mittelbar war ja die Versäumniss des Klägers an seinem Verluste die Ursache; er hätte ihn durch *Litiscontestatio* abwenden können. Gleich Theodosius (§ 3)

Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur. (Cod. Just. quae antiquis temporibus limitabantur.)

betont nur den Unterschied der Verjährungszeit und hält es überhaupt nur deswegen für nothwendig, der *actiones temporales* Erwähnung zu thun, um das Missverständniss zu verhüten, als wenn etwa durch Einführung der längeren Verjäh-

1) Syst. V § 238. S. auch Puchta, Kurs. d. Inst. § 208.

rung die kürzere jener Klagen aufgehoben sein sollte. Auch die Art, wie die von den *actiones temporales* handelnde Stelle des Gaius von den Institutionenverfertign bearbeitet worden ist ²⁾, beweist, dass Niemand an eine innere Verschiedenheit der alten und neuen Verjährung mehr dachte.

Nicht nur hat sich im neuen Rechte der Sinn des Ausdruckes *actiones perpetuae* geändert ³⁾, sondern auch der von *actiones temporales*; der Eintheilungsgrund selbst ist ein anderer geworden. Im Sinne des alten Rechts giebt es im neuen keine *actiones temporales* — alle Klagen sind *perpetuae*, weil an sich keiner von vorn herein eine Zeitgränze gesetzt ist. Der alte Unterschied bezog sich auf die Existenz der Zeitbeschränkung, der neue auf das Mass. Ist der Kläger nicht unthätig, so kann nun die *actio annalis* ebensogut in *infinitum* zustehn, als die *actio perpetua*. An sich sind alle Klagen von ewiger Dauer; nur ist einem möglicher Weise hinzutretenden Umstande die Macht gegeben, sie auszuschliessen.

Was folgt nun aus jenem Aufgehn des alten Instituts in das des Theodosius für die Benutzung der Quellenentscheidungen zum Ausbau des Dogmas von der Klagverjährung? Einmal, dass Alles, was die Kaiserconstitutionen verordnen, auf die *actiones temporales* mitzubeziehen, auch für sie anzuwenden ist. So sind dieselben namentlich in Bezug auf die Unterbrechung nach neustem Recht ganz wie die *perpetuae* zu beurtheilen. Wenn dem Satze der Kaiser gegenüber, dass die Verjährung durch Anstellung der Klage, das *libellum conventionis obnoxio transmittere* ⁴⁾, unterbrochen wird, manche in die Compilation aufgenommene Stellen ⁵⁾ die *actiones temporales* erst durch *Litiscontestatio* perpetuirt werden lassen, so haben wir, historisch interpretirend, ihren Inhalt einfach für älteres, auf der im neuen Rechte verschwundenen

2) Gaius IV, 111 f. pr. Inst. de perpet. et temporal. action.

3) In perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum. pr. Inst. cit.

4) c. 3 de annal. except. Savigny a. a. O. S. 316 ff.

5) Vgl. oben § 9.

Natur der Verjährung der Temporalklagen beruhendes Recht zu erklären, welches dem der allgemeinen Klagverjährung weichen muss ⁶⁾. Es hat ja nach dem Resultate dieser Untersuchung für die alte *exceptio temporis* eine Unterbrechung gar nicht gegeben, sondern nur eine *perpetuatio*. Freilich konnten die Kaiser sich veranlasst finden, für die *actiones annales* specielles Recht festzusetzen, wie Justinian in c. 2 *quando libellus principi dat.* ⁷⁾.

Obwohl ferner in § 9. 10 erkannt worden ist, dass der Ablauf des dies der Temporalklagen keine *naturalis obligatio* übrig lässt, so muss doch die Regel des neuen Rechts, dass nach verjährter Forderungsklage die Pfandklage fort dauert, auch auf jene Klagen angewendet werden und ist gerade für sie von sehr grosser praktischer Wichtigkeit wegen der grösseren Differenz der Verjährungszeit.

Umgekehrt entsteht aber auch die Frage, ob da, wo die Kaiserconstitutionen keine Bestimmung enthalten, das in den Quellen über den dies der Temporalklagen mitgetheilte Recht auf die allgemeine Klagverjährung Anwendung finden muss. Diese zweite Frage ist nach den gewonnenen historischen Resultaten nicht ohne Beschränkung zu bejahen. Es wird nämlich unterschieden werden müssen, ob die betreffenden Bestimmungen Ausflüsse derjenigen Rechtsbegriffe sind, welche beide Institute, das *diem actionis exire* und die allgemeine Klagverjährung gemein haben, wie z. B. den der *actio nata* — oder vielmehr aus solchen Gesichtspunkten sich ergeben, welche nur dem älteren eigenthümlich waren. Ist letzteres der Fall, so kann man wohl den recipirenden Compilatoren Inconsequenz vorwerfen, allein es existirt kein Grund, das für einzelne Klagen, die sich auch noch im neusten Recht unter eine Klasse bringen lassen, Festgesetzte auf alle Klagen anzuwenden. Die Inconsequenz liegt dann nicht darin, dass

6) S. auch Savigny a. a. O. Anm. v gegen Vangerow I. § 152 Anm. 1. 2.

7) Auch in dieser Stelle heisst es in Anschluss an den Sprachgebrauch der Juristen: *Temporales actiones — perpetuantur*, während sonst immer von *interruptio* die Rede ist.

jenes specielle Recht nicht für alle Klagen gilt, sondern vielmehr darin, dass, nachdem die theoretische Grundlage für alle Fälle die gleiche geworden, doch eine Entscheidung für eine einzelne Klasse von Fällen getroffen ist. Die aufgeworfene Frage ist z. B. deshalb von Bedeutung, weil, wie wir in § 10 gesehen, in l. 18 § 1 de pec. const. die klare Entscheidung enthalten ist, dass nach Verjährung der Temporalklage auf Grund derselben kein Constitutum mehr gültig eingegangen werden kann. Muss das im neusten Recht für alle Klagen gelten? Gewiss nicht, da äusserlich genommen die Entscheidung sich nur auf actiones temporales bezieht, und was die dogmatische Begründung des Satzes betrifft, für Bestimmung der Wirkung der allgemeinen Klagverjährung ganz andere innere Gründe ins Gewicht fallen⁸⁾, als sie dem von Ulpian für die Temporalklagen Ausgesprochenen unterliegen. Wer für die praescriptio XXX annorum zu dem Resultate gelangt, dass die für sie nicht entschiedene Frage nach der stärkeren oder schwächeren Wirkung im zweiten Sinne zu beantworten sei, dem kann man die l. 18 cit. nicht entgegenhalten. Ist vielmehr diese Meinung die richtige, so erscheint es als Fehlgriﬀ der Compileren, für eine Anzahl von Klagen durch Aufnahme der Stelle Ulpians im entgegengesetzten Sinne entschieden zu haben, während doch sonst die Fälle der älteren Verjährung denen der durch Theodosius eingeführten ganz gleich behandelt werden, und überall, wo Klagrechte durch Zeitablauf vernichtet wurden, die Idee eines Untergangs wegen Unthätigkeit des Berechtigten allein massgebend geworden ist.

Es mag genügen, hier auf gewisse sich aus der historischen Entwicklung des Instituts ergebende leitende Gesichtspunkte für die dogmatische Bearbeitung aufmerksam gemacht zu haben; letzterer muss ein weiteres Ausführen derselben überlassen bleiben.

Die Aufgabe dieser Blätter war nur, den Rechtsgedanken, dass Klagen wegen Unthätigkeit des Berechtigten untergehen, um seine Herkunft zu befragen, nachzuweisen, dass die Klag-

8) S. oben § 9. 10.

verjährung im Sinne des Justinianeischen Rechts, vor der Zeit der christlichen Kaiser nicht einmal in vereinzeltten Anwendungen auftretend, erst unter ihnen ins Recht gekommen ist, zwar als ein neues Rechtsinstitut, aber unmittelbar sich anschliessend an das uralte der Ersitzung, an ihm erwachsen und herausgebildet.

II.

DAS DOGMA VON DER ACTIO NATA.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
155 FIFTH AVENUE
NEW YORK, N. Y. 10011

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

§ 1.

Einleitung.

Die Unthätigkeit des Klägers, welche in ihrer Dauer sein Recht vernichtet, besteht darin, dass derselbe nicht klagt, sein Klagrecht nicht geltend macht. Deshalb kann diese Unthätigkeit, das *silentium*, die *taciturnitas*, erst stattfinden, nachdem das Klagrecht existent geworden, die Klage *nata* ist. Das Dogma von der *actio nata* ist für die Lehre von der Klagverjährung ein so fundamentales, dass seine Entstehung mit der Einführung des Instituts nothwendiger Weise zusammenfallen musste.

Wo durch dauernden Besitz ein Recht erworben wird, da ist es natürlicher Weise der Anfang des Besitzes, von welchem an die vom Gesetze geforderte Zeitdauer zu berechnen ist; so war es auch bei der von Constantin als Supplement der *longi temporis praescriptio* eingeführten *praescriptio triginta annorum*. Als man nun anfang, letztere als Untergang der Eigenthumsklage wegen Unthätigkeit des Eigenthümers aufzufassen ¹⁾, bedurfte es, um die Dauer des *silentium* zu berechnen, keines weiteren Anhaltepunktes. Denn eben der Moment des Besitzerwerbes war auch der des beginnenden *silentium* ²⁾. Wohl aber, als die Verjährung auf persönliche Klagen übertragen wurde. Hier verkörperte sich die

1) Vgl. § 12 der vorigen Abhandlung.

2) Dass die Verjährung der Eigenthumsklage nicht laufen könne, so lange der Besitzer für den Eigenthümer besass c. 7 § 6 h. t. Savigny § 239 S. 284 f. Kierulff S. 198, bedurfte keiner Festsetzung. Auch so lange die *praescr. XXX. ann.* als Erwerb durch dauernden Besitz, als Surrogat der *longi tempor. possessio*, aufgefasst wurde, hatte man sie erst laufen lassen können, sobald der Besitzer *suo nomine* besass. c. 2 h. t.

Voraussetzung der Unthätigkeit nicht in dem Eintritte eines gewissen schon im bisherigen Rechte scharf markirten rechtlichen Ereignisses, sondern es musste ein neuer Rechtsbegriff construirt werden, mit Hülfe dessen eine sichere Bestimmung, wann die Verjährung zu laufen beginne, in den einzelnen so mannichfaltigen Fällen persönlicher Klagen zu entnehmen ist.

Was man etwa im bisherigen Rechte vorfand, war ungenügend; die Frage, wann der praetorische annus utilis beginne, bot zwar einen Anhalt dar, weil (s. § 8 der vorigen Ausführung) die Existenz des Klagrechtes von ganz gleicher Bedeutung ist für den dies actionis wie für das silentium, — allein jene Frage war in den meisten Fällen so einfach zu beantworten, dass es einer besonderen dogmatischen Figur nicht bedurfte; so für die Delictsklagen. Wo sich etwa ein besonders geartetes, etwas verwickelteres Verhältniss vorfand, da ist, wie ich früher zu zeigen versucht habe, mit der experiundi potestas zur juristischen Vermittelung der gegebenen Entscheidung operirt worden. Auch in den wenigen andern Anwendungen des dies actionis, bei der Querel, den aedilischen Klagen, konnte kaum ein Zweifel entstehen, wann von einer actio, also auch vom Laufe des derselben gesetzten tempus gesprochen werden könne ³⁾.

Anfangs scheint auch im neuen Rechte die Frage wenig Schwierigkeiten gemacht zu haben. Man kam mit der einfachen Bestimmung aus, dass das diuturnum silentium nicht stattfinden könne, bevor das Recht, gerichtlich thätig zu werden, begründet ist, dass die Klagverjährung beginne ex quo competere iure actiones coeperunt. Das setzte schon Theodosius fest. Ebenso Justinian ⁴⁾: ex quo ab initio competit

3) Die oben in § 8 erwähnte abweichende Ansicht Modestins über den Beginn des Quinquennium der Querel beruht, wie dort angedeutet, auf rein practischen Rücksichten. Ob Unkenntniss des Klägers den Lauf des tempus actionis hemme, was für einige specielle Fälle angenommen wird l. 6 de calumn. l. 15 § 5 quod vi aut clam l. 55 de aedil. action., ist eine mit der Theorie vom tempus utile zusammenhängende Frage und hat an sich mit dem Begriffe der actio nata nichts zu thun.

4) c. 1 § 1 de annal. except. c. 30 de iure dotium: ex quo possint actiones movere.

et semel nata est. Allein schon Justinians Vorgänger, Justin, hat es für nothwendig gehalten, den Begriff des „actionem iure competere“ genauer zu bestimmen, durch Aufstellung der allgemeinen Regel, dass, so lange die Geltendmachung eines Rechts durch eine demselben gesetzte Bedingung oder einen ihm zugefügten dies suspendirt ist, die Zeit der praescriptio nicht zu laufen beginnen solle⁵⁾. Diese Regel wird angewendet auf die Dotalklage, welche nach ihr erst mit der Auflösung der Ehe zu verjähren anfangen soll, weil: *redhibitio dotis vel ante nuptias donationis in diem incertam mortis vel repudii differri assolet*. Justinian ist auf diese Bestimmung zurückgekommen und hat in c. 30 de iure dot. den Zeitpunkt, wann die Dotalklage nata sei, noch genauer bestimmt mit Rücksicht auf das im älteren Rechte schon anerkannte⁶⁾, von ihm hervorgehobene und genauer begrenzte Recht der Frau, bei eintretender inopia des Mannes schon durante matrimonio zu klagen⁷⁾. Ferner hat Justin sein in c. 7 § 4 cit. aufgestelltes Princip noch angewendet auf den Fall terminsweiser Leistungen⁸⁾. Nehmen wir dazu noch die Vorschrift der c. 8 § 4 h. t., dass die Verjährung einer Hauptschuld dann zu laufen beginne, *ex quo debitor usuras minime persolvit* und die zu dieser Regel in Bezug stehende der c. 19 de fide instrum. über das Recht eine antapocha zu fordern, so haben wir in der That alles zusammen, was die Kaiser-Constitutionen zur Construction des Dogma von der actio nata gethan haben.

Dass dies der unendlichen Fülle obligatorischer Rechtsverhältnisse, der Feinheit ihres civilistischen Baues und dem unbeschränkten Einflusse, den der Vertragswille auf ihre Gestaltung üben kann, gegenüber, nicht viel gethan ist, wird Niemand läugnen. Es fragt sich nur, woher die Grundlage zu nehmen sei für die Weiterführung des dogmatischen Ausbaues. Hätten die Pandecten-Juristen eine allgemeine Klagverjährung im Rechte vorgefunden, so würden wir gewiss auch

5) c. 7. § 4 de praeser. XXX. ann.

6) l. 22. § 8. l. 24 pr. soluto matrim.

7) c. 29 de iure dotium.

8) c. 7. § 6 h. t.

für diese Lehre das reichste casuistische Material vorfinden, die Feinheit und Sicherheit ihrer Entscheidungen nicht weniger als bei andern Rechtsfragen zu bewundern haben. So aber vermag auch dasjenige, was aus der Compilation für die Lehre von dem Beginne der Klagverjährung zu benutzen ist, wenig Ausbeute zu gewähren. Einmal sind es eine Anzahl von Stellen, die vom Begriffe der actio handeln, welche man zur Herstellung einer Definition des Klagrechts hat verwenden wollen. Den Werth dieser Aussprüche für unser Dogma werde ich im Verlaufe der Darstellung zu bestimmen suchen. Ferner konnte es nicht fehlen, dass die Juristen sich hier und da darüber erklärten, wann die rechtliche Möglichkeit eine Klage anzustellen beginne, sei es nun im allgemeinen oder in Bezug auf ein specielles Rechtsverhältniss. So sagen sie uns in zahlreichen Stellen, aus bedingten oder betagten Obligationen könne nicht geklagt werden, bevor die Bedingung existent geworden oder der dies herbeigekommen sei ⁹⁾. Dass hier immer erst vom Momente der Existenz oder des eintretenden dies die Verjährung beginne, ist ausdrücklich in c. 7 § 4 bestimmt, und man braucht sich deshalb auf die angeführten Stellen gar nicht zu berufen. Von etwas grösserer Brauchbarkeit sind einige andere Stellen, in welchen anerkannt ist, dass gleich mit dem Momente der Fälligkeit der Obligation geklagt werden könne ¹⁰⁾. Mit diesen Aussprüchen werden wir in der folgenden Untersuchung mannichfach zu thun haben und dabei sehen, dass auch sie nicht einmal die wichtigste Grundfrage des Dogmas selbständig zu entscheiden im Stande sind. Es bleiben noch wenige gelegentliche Andeutungen der Quellen übrig, welche man theils mit Recht, theils mit Unrecht für unsere Lehre herbeigezogen hat, um für einzelne Rechtsverhältnisse den Eintritt der actio nata zu bestimmen;

9) § 2 Inst. de V. O. l. 9 pr. de R. C. l. 21 pr. quando dies legat. l. 44 § 1 de O. et A. l. 54. 213 de V. S. l. 186 de R. J. l. § 2 quando de pecul.

10) § 2 Inst. de V. O. l. 21 § 1 de pecun. constit. l. 1 § 22 depos. l. 16 de fideiuss. l. 94 § 1 de solution. l. 56 § 4 de V. O. l. 213 de V. S.

so für das *mutuum* ¹¹⁾, das *depositum* ¹²⁾, die *actio pignoratitia* ¹³⁾, das *interdictum de precario* ¹⁴⁾.

Es konnte unter diesen Umständen nicht anders kommen, als dass die Lehre von der *actio nata* von jeher ein Feld für die verschiedenartigsten Controversen war und bis in die jetzige Zeit geblieben ist. Nicht nur ist man über den Zeitpunkt, in welchem gewisse einzelne Klagen zu verjähren beginnen, noch nicht im reinen, sondern sogar die letzte Grundlage des Dogmas, der Begriff des Klagrechts, ist noch nicht festgestellt; wenigstens hat gerade der hierauf sich beziehende Theil der sonst festen Grund schaffenden Darstellung Savignys entschiedenen Widerspruch gefunden.

Für die übrigen Lehren des Actionen-Rechts, von der Translation der Klagrechte auf die Erben, von der Klagen-Concurrenz oder Collision und von dem Einflusse processualischer Handlungen auf das Klagrecht, ist Savignys Begriffsbestimmung nicht angefochten worden. Nur für die Klagverjährung ist sie eben von praktischer Wichtigkeit; man redet nur für diese Lehre im engeren Sinne von einer *actio nata*, obwohl das gesammte Actionen-Recht von diesem Begriffe handelt. Der Ausdruck „*nata*“ hat keineswegs eine prägnantere, mehr spezifische Bedeutung, als die Phrase „*actio competit*“ ¹⁵⁾. *Nasci* heisst in den Quellen nichts anderes als „entstehn“, und wird von den verschiedenartigsten Rechtsbegriffen gebraucht, namentlich von *actio* und *obligatio*, aber auch *liberatio*, *crimen nascitur* ¹⁶⁾, und ebenso *praescriptio* ¹⁷⁾. Durch die Doctrin ¹⁸⁾ ist es, da die Frage nach dem Zeit-

11) l. 94 § 1 de solut.

12) l. 1 § 22 depos.

13) l. 9. § 3 de pignor. action.

14) l. 8 § 7 de precario.

15) c. 1 § 1 de annal. except.: ex quo ab initio competit et semel nata est.

16) Vgl. Dirksen Manuale s. h. v.

17) c. 16 de inoff. test.: praescriptio ex prioris iudicii mora quinquenalis temporis non nascitur.

18) Die Glossatoren brauchen theils in Anschluss an c. 1 § 1 cit. beide Ausdrücke neben einander — actiones non currere, nisi coeperint competere

punkte der Entstehung der *actio* nur oder doch vorwiegend für die Lehre von der Klagverjährung in Betracht kommt, während man sonst mehr nach dem ob fragt, als nach dem wann — juristischer Sprachgebrauch geworden, mit dem Ausdrucke *actio nata* den Zeitpunkt, *ex quo actio iure competit*, zu bezeichnen.

Wenn nun im folgenden der Versuch gemacht werden soll, zur principiellen Festigung und zur Weiterentwicklung des Dogma von der *actio nata* beizutragen, so bestimmt sich der Gang der Erörterung von selbst. Zuerst muss nämlich gestrebt werden, über die Natur und die Voraussetzungen des Klagrechts im allgemeinen ins klare zu kommen. Hier wird es namentlich die äusserst bestrittene Frage sein, ob zur Existenz des Klagrechts eine sogenannte Rechtsverletzung gehöre, welche uns beschäftigt; sie wird nur im Wege allgemeiner Deductionen zu beantworten sein. Mit dem gewonnenen Principe haben wir dann an die einzelnen bestrittenen Fälle heranzutreten und an ihnen nicht nur die Haltbarkeit des construirten Begriffes zu erproben, sondern auch seine Brauchbarkeit für die Rechtsanwendung. Aber auch selbst wenn meiner Ausführung der Einwand gemacht werden sollte und mit Recht gemacht werden könnte, dass die gegebenen Entscheidungen schon aus der bisherigen Formulirung des Grundsatzes, sei es der herrschenden oder der von ihr abweichenden, zu ziehen und zu begründen wären — dann würde ich mich gern damit begnügen, hie und da Unklarheiten beseitigt, die juristische Consequenz und logische Durchsichtigkeit des Dogma in etwas gefördert zu haben.

§ 2.

Römischer Begriff von *actio*.

Das Wort *actio* hat in der ältesten römischen Rechtsprache eine rein formelle Bedeutung; es bezeichnet diejeni-

et natae sint — Hänel, *dissens. dominor.* Vet. Coll. § 39 Rog. § 10, Hugol. § 330, theils reden sie schon kürzer nur von *actio nata* Hugol. 1. c. § 333. 334.

gen förmlichen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Handlungen, durch welche ein Recht zur äusseren Geltung gebracht werden soll. In diesem Sinne war bekanntlich das *agere* eine der Beschäftigungen eines *qui iurisconsultus vere nominabatur* der alten Zeit ¹⁾; und in eben diesem Sinne hiessen *legis actiones* alle in solennen Worten und in symbolischen Vornahmen bestehenden Rechtshandlungen vor Gericht, so dass auch *Acte*, welche nicht im Rechtsstreite, sondern nur in gerichtlicher Form vorgenommen wurden, darunter fielen. Wie aber der Ausdruck *actio* bald einen engeren Sinn erhielt und so viel bedeutete als *legis actio* ²⁾, so schränkte sich auch der letztere bald auf das gerichtliche Verfahren im Rechtsstreite ein und umfasste nunmehr die fünf Arten, wie man sein Recht durchzuführen vor dem Magistrate thätig werden konnte; ohne dass indessen die weitere, in *iure cessio*, *manumissio* und andere dergleichen *Acte* umfassende Bedeutung ausser Gebrauch gekommen wäre ³⁾.

Actiones waren daher zuerst die fünf *legis actiones*. Auf sie ist es zu beziehen, was Pomponius ⁴⁾ von den *actiones* sagt: *apud collegium pontificum erant*. Sie bildeten dann den Inhalt jenes Buchs, welches man *ius civile Flavianum* nannte ⁵⁾ und ebenso den dritten Theil des *ius Aelianum* ⁶⁾.

Der Kreis der Formen aber, in welchen das Recht vor Gericht auftrat, um sich zu verwirklichen, hat sich schon frühzeitig erweitert, und mit ihm die Bedeutung des Wortes *actio*.

1) Cicero de orat. I, 48. pro Muren. c. 9. Puchta, Curs. d. Inst. I. § 76.

2) Dass früher auch die aussergerichtliche Schliessung von Rechtsgeschäften *actio* genannt wurde, sehen wir noch aus dem Titel „*actiones*“, welchen die frühesten Aufzeichnungen von Geschäftsformularen führten. Cicero de orat. I, 57. 58. Top. 17. Varro de re rust. II, 5, 11; 7, 6. Zimmern, R. G. I. S. 196. Leist, Rechtssysteme S. 6 f.

3) Magistratus, apud quem legis actio est l. 4 de adoption. l. 3. de offic. procons. Vat. Fr. 49.

4) l. 2 § 6 de O. J.

5) § 7 ibid.

6) Ueber alles dies und namentlich über den ältesten systematischen Gegensatz zwischen *ius* und *actiones* vgl. Leist a. a. O. § 1—5.

Es ist hier nicht unsere Aufgabe, dieser allmählichen Ausdehnung zu folgen 7); vielmehr genügt es, für die Zeit des ausgebildeten Actionen-Rechts folgenden Sprachgebrauch zu constatiren. In dieser wurden alle Rechtsmittel, welche sich neben den eigentlichen actiones, den Klagformeln, gebildet hatten, unter dem Namen actiones mitverstanden. Paulus in l. 37 pr. de O. et A. zählt sie auf nur mit Hinweglassung der exceptio.

Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praeiudicium, sicut ait Pomponius; stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur.

Aber auch die exceptiones gehören zu den actiones, wenn man unter dieser Benennung den gesamten Kreis der zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechts dienenden Gestaltungen desselben versteht. Daher derselbe Ulpian in l. 1 de exception., einer Stelle, welche im liber IV ad edictum der l. 37 cit. nahe gefolgt sein wird,

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

Sogar die in integrum restitutio wird actio genannt von Paulus S. R. I, 7, 1.

Natürlich musste dieser sehr weiten Bezeichnung gegenüber auch eine engere auf die einzelnen Arten der Rechtsmittel gehende existiren, da neben dem allen gemeinsamen auch für jede derselben eigenthümliches galt und auseinanderzusetzen war. Das Wort actio bezeichnete daher auch in einem engeren Sinne die eigentliche Klage, das intendere, das Mittel des gerichtlichen Angriffs 8).

Jener weite Sinn von actio ist also allmählich entstanden,

7) Vgl. auch hierfür die folgenden §§ der citirten Schrift.

8) Der exceptio gegenüber: l. 2 pr. de exception. l. 8. § 1 de V. S., den Interdicten: l. 1 § 4 uti possid. l. 68 de R. V., allen übrigen Rechtsmitteln: l. 37 cit. l. 35 § 2 l. 39 pr. de procurat. u. v. a. vgl. Dirksen Manuale s. h. v.

indem die Zahl der Rechtsmittel sich mehrte. Auf der andern Seite ist aber die Bedeutung unseres Ausdruckes eine engere geworden. Während nämlich zweifellos unter den alten *actiones* und zwar unter der *legis actio sacramento* sowohl die in rem *actiones*, als die in personam begriffen waren, begegnen wir zur Zeit der klassischen Juristen einem Sprachgebrauche, nach welchem nur die Klagen in personam *actiones* genannt werden, die Klagen in rem dagegen *petitiones*, beide zusammen *persecutiones*. Ehe wir nun diesen engeren Sprachgebrauch näher ins Auge fassen, schicke ich voraus, dass, wie ich glaube, eine klare Einsicht in die Entwicklung der verschiedenen Bedeutungen des Wortes *actio* nur gewonnen werden kann, wenn man beide Erscheinungen, die Erweiterung des ursprünglichen Sinnes über die eigentlichen Klagen hinaus, und die Einschränkung auf eine Gattung der letztern, scharf von einander trennt ⁹⁾.

Actio als Klage in personam finden wir bei Papinian (libro I definitionum) l. 28 de O. et A.

Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio vel in rem vel in personam rei persecuendae gratia. Ulpian dagegen (libro XLIX ad Sabinum) l. 178 § 2. 3 de V. S. stellt folgende Terminologie auf:

Actionis verbum et speciale est, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur; persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si

9) Savigny, Syst. V. § 205 erwähnt die Erweiterung nur gelegentlich bei Besprechung der eingeschränkten Redeweise. Es kann doch kaum verkannt werden, dass der Gegensatz der *actio* Papinians zu der im generellen Sinne der l. 178 de V. S. nichts damit zu thun hat, dass man z. B. hier die *interdicta* zu den *actiones* zählte, dort nicht. Vgl. Anm. 8. Wenn Sav. l. 35 § 2 und l. 39 pr. für den engeren Sprachgebrauch anführt, so ist doch gerade in diesen Stellen der Terminologie Papinians und dem plerumque Ulpians gegenüber *actio* im weiteren auch die *petitiones* umfassenden Sinne gebraucht. Schärfer trennt die verschiedenen Gesichtspunkte Böcking, Pand. § 131.

quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem.

An eine andere Stelle wendet er dann die plerumque gebrauchte Redeweise selbst an l. 49 cod (libro LIX. ad edict.)

Aequae bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.

In vielen andern Stellen wird von Ulpian ¹⁰⁾ und den übrigen Juristen dagegen auch natürlich im generellen Sinne der l. 178 cit. von actio in rem geredet, wofür Beispiele nicht angeführt zu werden brauchen.

Sehen wir nun zunächst von den persecutiones ganz ab und fragen, wie man dazu kam, die Klagen in personam im vorzüglichen Sinne actiones zu nennen, ja diesen Sprachgebrauch als den in der Regel geltenden zu bezeichnen. Savigny ¹¹⁾ sucht die Erklärung dieser Thatsache darin, dass zuerst im Formular-Process gar keine Klagen in rem vorkamen, und auch, nachdem späterhin eigene Klagen dieser Art eingeführt wurden, man für diese zuerst den unterscheidenden Namen petitio gebrauchte, so dass man unter actiones eben nur die Klagen in personam verstand. Später hätte man es dann gerathener gefunden, den Ausdruck actio so auszu dehnen, dass beiderlei Klagen als Arten unter einen gemeinschaftlichen Gattungsbegriff zusammengefasst werden konnten. Hiergegen scheint indessen folgendes zu sprechen. Zunächst erklärt es sich nicht, warum die Legisactionen vor dem Cen-

10) In l. 25 de O. et A. (libro singulari regularum) stellt Ulpian erst im pr. actio als vindicatio und condictio umfassend auf, fällt aber gleich im § 1 in den andern Sprachgebrauch. Auch schon in der Formel der stipulatio Aquiliana findet sich die Eintheilung der Klagen in actiones, petitiones, persecutiones l. 18 § 1 de acceptil.

11) a. a. O. S. 11 und § 209. Nur als Curiosität verdient angeführt zu werden der Erklärungsversuch früherer Juristen, z. B. bei Franc. Hotomannus observ. III, 17, welcher glaubt, dass deshalb nur die Klagen in personam actiones genannt worden seien, weil nur bei ihnen ein agere et cogere in ius venire vorgekommen wäre, bei den Klagen in rem dagegen nicht von einem duci des Gegners, sondern nur von einem ferri der Sache die Rede sein könne.

tumviralgerichte, welche doch von jeher einen wichtigen, seit dem Aufkommen der legis actio per conditionem gewiss den wichtigsten Theil der unter die legis actio sacramento gehörenden Fälle ausmachten, den Namen actiones zu Gunsten der Formularklagen verloren haben sollen, was doch anzunehmen wäre, wenn in der früheren Zeit des Formularverfahrens die actiones mit den Klagen in personam identisch gewesen wären. Ferner beruht Savignys Ansicht auf der bisher herrschend gewesenen Annahme, dass im Formular-Process anfangs gar keine Klagen in rem vorkamen, dass vielmehr an die Stelle der legis actio sacramento zuerst das Verfahren mit sponsio praeiudicialis getreten sei, welches erst später der formula petitoria Platz gemacht haben soll¹²⁾. Dann nämlich wären allerdings zuerst alle Formel-Intentionen auf dare oder dare facere oportere gegangen, und durch das Aufkommen der formula petitoria wäre nur ein einzelner Fall einer Klage in rem gegeben gewesen, der recht wohl als petitio von den actiones hätte geschieden werden können. Allein es ist selbst von denen, welche an der bisherigen Meinung von der geschichtlichen Stellung des Processes per sponsionem zwischen legis actio und formula petitoria festhalten, anerkannt, dass das Einkleiden des dinglichen Anspruchs in die Forderung der summa sponsionis nie so weit geführt habe, die dinglichen Klagen als actiones in personam aufzufassen¹³⁾.

Die ganze Anschauung von der vermittelnden, vom Sacramentenverfahren zur formula petitoria überleitenden historischen Stellung des Sponsionen-Processes ist aber ferner in

12) a. a. O. S. 29.

13) Keller R. C. Pr. § 87 Anm. 1076. Daraus, dass die Eigenthumsklage, als es ausser ihr noch andere dingliche Klagen giebt, im eminenten Sinne zuweilen in rem actio genannt wird (vgl. die Stellen bei Keller Anm. 1078), folgt weder, dass in rem actio jemals individueller Name der Klage mit formula petitoria gewesen sei, noch dass es längere Zeit gedauert habe, bis diese Formulirung auch auf die übrigen Fälle der legis actio sacramento in rem (confessoria, negatoria) angewendet worden ist. Vielmehr erklärt sich jene Benennung einfach daraus, dass die petitorische Eigenthumsklage der bei weitem wichtigste Fall und zugleich der Typus der actiones in rem war.

neuerer Zeit bekanntlich mindestens recht gründlich erschüttert worden. Das enge Anschliessen der petitoria namentlich an die legis actio scheint mir von Stintzing ¹⁴⁾ treffend hervorgehoben und für das Zurückreichen der Formel bis in die ersten Zeiten des Formularverfahrens beweisend zu sein. Dieses nahe Verhältniss der petitorischen intentio zu der Rechtsbehauptung der alten Vindication macht es auch wahrscheinlich, dass gleich von Anfang an auch die Intentionen ius esse eundi etc. ius non esse eundi, ius esse prohibendi etc. den betreffenden Worten der legis actio nachgebildet worden sind, dass man also kaum an ein einsames Bestehn der petitorischen Eigenthumsklage zu denken hat.

Nehmen wir nun noch hinzu, dass Gaius von einer ausschliesslichen Beziehung des Ausdrucks actiones auf persönliche Klagen nichts weiss, vielmehr sein gesamtes System auf dem alten Sinne des Ausdrucks beruht, in welchem er nicht nur Vindicationen und Conditionen, sondern jede Gestaltung eines Rechtes behufs seiner gerichtlichen Geltendmachung umfasste, dass derselbe Schriftsteller weiter sogar die Eigenthumsklage durch sponsio praeiudicialis, also mit persönlicher Intentio, als Art der in rem actio bezeichnet ¹⁵⁾ — so dürfte wohl ein Bedenken an der Stichhaltigkeit der von Savigny versuchten historischen Herleitung des Sprachgebrauchs actio = Klage in personam genugsam begründet erscheinen.

Es fragt sich nur, ob sich eine andere ausreichende Erklärung auffinden lässt. Fasst man die beiden Stellen Ulpians, in welchen er actio im engeren Sinne braucht, ins Auge, so sieht man gleich, dass er dort nicht von actio im formellen, objectiven Sinne redet, sondern von Klagrechten, Rechtsansprüchen, Vermögenstheilen. Die l. 178 cit. ¹⁶⁾ ist aus dem lib. XLIX des Sabinus-Commentars genommen, in welchem Ulpian von den Evictions-Stipulationen handelte und bei der Gelegenheit erörterte, was ein Erbschaftsverkäufer namentlich

14) Ueber das Verhältniss der leg. actio sacramento zu d. Verf. durch sponsio praeiudicialis S. 61 ff. Ich halte seine Ausführung durch Römer im 3. Hefte II. Bd. der kritischen Ueberschau für noch nicht widerlegt.

15) Gaius IV, 91. Vgl. Vat. Fr. 336 und dann Römer a. a. O. S. 362.

16) Vgl. mit l. 2 de hered. vel act. vend. S. Savigny S. 8 Anm. f.

an Klagen dem Käufer zu prästiren habe. Für die l. 49 ergibt sich der Sinn von *actio* = Forderung klar aus den Worten selbst. Auch die Definition Papinians (l. 28 cit.) ist von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, was aus den Worten *rei persecuendae gratia* und schon daraus hervorgeht, dass die Stelle in den Titel *de O. et A.* mitten unter andere von obligatorischen Ansprüchen handelnde aufgenommen worden ist.

Dies führt uns zu der Frage, ob nicht in den Stellen Papinians und Ulpian's die Klagen in *personam* nur insofern dieser Name das Klagrecht, das der Klage zu Grunde liegende Forderungsrecht bezeichnet, im speciellen Sinne *actiones* genannt, und ihnen die Ansprüche aus dinglichen und andern Vermögensrechten als *petitiones* entgegengesetzt werden; und ob nicht von dieser Seite her jene Terminologie ihre Erklärung finden könne. —

Als die *actiones* im Sinne des alten Rechtssystems aus den Händen der Pontifices in die des Praetors übergegangen waren, und nachdem derselbe in Folge des aufgekommenen Formularverfahrens in den Stand gesetzt war, frei bildend für die processualische Gestaltung der Rechte thätig zu sein, da begann bekanntlich das Edict, früher nur eine Aufzeichnung der Klagformeln, die eigentliche Werkstätte der Rechtsentwicklung zu werden. Und zwar geschah diese Weiterentwicklung so, dass sich an die Gestaltungen der Formeln immer mehr materielles Recht anschloss, dass in neuen Klag- und Exceptionsformen neue Rechtsanschauungen, neue durch das Verkehrsleben hervorgetriebene Verkehrsnormen sich verkörperten. Jedes neue *actionem* oder *exceptionem* dabo bereicherte den Kreis des geltenden Rechts um eine neue Figur. Auf diesem sich decken der Entwicklung des materiellen Rechts mit der Formelbildung beruht es nun, dass der Ausdruck *actio* bald eine materielle Bedeutung erhielt, dasjenige Recht bezeichnete, für welches die *actio* im formellen Sinne als die nothwendige, dasselbe vollständig deckende Gestaltung erschien. Die ganze Rechtsliteratur, welche sich ans Edict anschloss, behandelt das Recht an den Klagen, und es konnte nicht fehlen, dass jene Bedeutung von *actio* allgemeinen Eingang fand.

Es ist daher ganz die gewöhnliche Redeweise der Juristen, den Erwerb, das Zustehn eines Forderungsrechtes durch Phrasen, wie *actio mandati mihi competit*, *actio pro socio nascitur*, *acquiritur*, *actio mihi datur*, ebenso wie das Untergehn der Forderung durch: *actio tollitur*, *perimitur* etc. oder ähnliche auszudrücken ¹⁷⁾. Ebenso wird natürlich auch durch Redeweisen, wie *vindicatio mihi competit*, *confessoria agere possum*, *rem vindicare possum*, *vindicandae servitutis ius mihi est* etc., nichts anderes ausgedrückt, als dass einem das die Klage begründende Recht zustehe.

Während aber, darin liegt ein Unterschied beider Redeweisen, dort immer von *actio* gesprochen und zur Bezeichnung des individuellen Rechtsverhältnisses der Name des begründenden Geschäfts oder sonstigen Ereignisses hinzugefügt wird, ist hier nie die Rede von einer *dominii* oder *servitutis actio* ¹⁸⁾, sondern immer nur von *rem*, *servitutum*, *pignus vindicare*, *hereditatem*, *successionem*, *successionis ius vindicare* oder *petere*.

So leicht sich nun dies aus der Verschiedenheit der Forderungs- und der übrigen Rechte erklärt, so nahe liegt die Annahme, dass eben weil das Wort *actio* in seiner materiellen Bedeutung im Munde der Juristen nur für obligatorische Verhältnisse vorkam, man unter *actio*, in diesem Sinne gebraucht, als Klagrecht, auch nur die obligatorischen Klagrechte, die Klagen in *personam* verstand. Da aber auch oft das Bedürfniss hervortreten musste, für beide Arten von Klagrechten einen gemeinsamen Ausdruck zu haben, so entstand neben dem engeren noch ein weiterer Sinn von *actio*, der, in welchem

17) Es ist gewiss weit natürlicher, den Sprachgebrauch *actio* = *obligatio* wie im Text zu erklären, als mit Kierulff Theorie S. 156 in ihm einen Ausfluss der aufs practische gerichteten römischen Auffassung zu finden, welche das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige erfasste und es deshalb vorzugsweise mit dem von dieser Thätigkeit hergenommenen Namen *actio* bezeichnete, während unsere abstrahirende Betrachtung das Recht zunächst als das friedliche, ruhende, als das Recht an sich, betrachten soll. Auch darauf, „dass in dem Rechte der Klage der Inhalt des Rechts gleichsam practisch gipfelt“, braucht man sich kaum für jenen Sprachgebrauch mit Kuntze, die Obligation S. 40, zu berufen.

18) S. Böcking § 131 Anm. 4.

dieses Wort actiones und petitiones (Ulp. l. 178 cit.), vindicationes und conditiones (Ulp. l. 25 Anm. 10) umfasste.

Die Bedeutung des Wortes actio hat sich also folgendermassen entwickelt. Zuerst bezeichnet es die Klaghandlung und die Form derselben und dehnte sich allmählich mit dem Überhandnehmen der Rechtsmittel auf den ganzen Kreis derselben aus. Daneben erhielt es aber auch schon frühe einen materiellen Sinn, in welchem es das der Klage zu Grunde liegende Recht, den Klagarspruch bezeichnet. In diesem Sinne umfasst es ursprünglich nur die Klagansprüche aus Obligationen, während die aus andern Rechtsverhältnissen vindicationes oder petitiones hiessen. Es fallen auch die obligatorischen Ansprüche, welche durch Interdicte oder prätorische Stipulationen geltend gemacht werden, unter die actiones = Klagen in personam. Die Eintheilung in actiones in rem und actiones in personam hat von Anfang an immer bestanden, in so weit es sich um die Formulirung der Klagen handelte. Als Eintheilung der Klagrechte ist ^{Sie}er jünger, indem das Wort actio selbst von vorn herein nur die eine Klasse von Klagrechten bezeichnete, eine generelle Bedeutung in dieser Beziehung erst später erhielt, ohne die individuelle zu verlieren.

Es kommt demnach für die Beurtheilung des angewandten Sprachgebrauchs immer auf den Zusammenhang an, in welchem der betreffende Jurist den Begriff von actio behandelt. Wir haben schon oben gesehen, dass überall, wo actio = Klage in personam gebraucht wird, der materiell rechtliche Gesichtspunkt eingenommen wird. Wo Ulpian von diesem Gesichtspunkte aus auch von actiones in rem redet ¹⁹⁾, da drängt sich bald die engere Bedeutung wieder ein (Anm. 10). Und wo sonst bei ihm die Klagen in rem actiones heissen, da ist eben der Gesichtspunkt der processualischen Gestaltung der massgebende. So in l. 37 pr. de O. et A. (libro IV ad edict.)

Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praeiudicium, sicut ait Pomponius; stipulationes etiam, quae praetoriae sunt —. Interdicta

19) l. 25 pr. de O. et A.

quoque actionis verbo continentur. § 1. Mixtae sunt actiones etc.

Nach dem Gesagten beurtheilt sich nun auch die Frage nach dem ursprünglichen Sinne der römischen Legaldefinition von actio, jener Stelle des Celsus mit dem „so oft temptierten“ sibi deberi. Diese Stelle l. 51 de O. et A. ²⁰⁾

Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi —

welche sich beinahe wörtlich in den Institutionen findet pr. de action., ist für unsere Untersuchung einmal deswegen von Wichtigkeit, weil, was etwa in früherer Zeit über den Begriff des Klagrechts beigebracht ist, sich an sie anschliesst; dann aber auch in so fern, als man die Worte der Definition zur Construction des Dogma vielleicht zu benutzen in der Lage wäre oder wenigstens versucht sein könnte. Es besteht ein alter Streit (vgl. den folgenden §), ob das Wort actio in des Celsus Begriffsbestimmung nur ein obligatorisches oder jedes Klagrecht überhaupt bezeichne. Ich glaube, dass man sich für das Erstere entscheiden muss.

Schon dass die Stelle im Titel de O. et A. steht, weist darauf hin, dass Celsus an dem Orte im liber III seiner Digesten, welchem die Compileren das Fragment entnahmen, von der actio in personam redete, welche ja noch zu Papinians und Ulpians Zeit „plerumque“ actio im engeren Sinne hiess. Nach dem ausgeführten ist, je früher actio = Klagrecht vorkommt, die beschränktere Bedeutung des Wortes mit desto grösserer Wahrscheinlichkeit anzunehmen; auch wenn man der Savigny'schen Erklärung des Sprachgebrauchs beipflichten sollte, würde sich dies nicht anders stellen. Dann kommt, dass debere ganz regelmässig für den Zustand des Obligationsschuldners in den Quellen gebraucht wird. Id quod debetur ist der technische Ausdruck für den vom obligatorisch Verpflichteten zu leistenden Vermögenswerth. Wie das Ein-

20) In andern Stellen ist von conveniendi iudicio facultas die Rede l. 6. § ult. de neg. gest. oder von agendi facultas l. 1 de eo quod certo loco, ohne dass jedoch diese Begriffe mit dem ius persequendi der l. 51 identisch wären.

klagen als *persequi*, *quod debetur* bezeichnet wird, so ist immer auch die Rede von *praestare*, *solvere* u. s. w. *quod debetur* ²¹⁾, wofür Stellen nicht citirt zu werden brauchen. Es lässt sich zwar keineswegs läugnen, dass *debere* auch im weiteren Sinne vorkommt, allein schwerlich möchte sich ein Beispiel dafür auffinden lassen, dass gerade die Phrase *id quod debetur* in so vager Bedeutung gebraucht worden sei. Zwar beruft man sich allgemein ²²⁾ auf l. 178 § 3 de V. S. von Ulpian

Hoc verbum: debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissaria fuit persecutio.

Allein mit welchem Rechte, ist nicht einzusehn. Ob eine *actio* dem *ius civile*, ob dem Praetor ihre Entstehung verdankt, ob sie eine *extraordinaria persecutio* ist, darauf kommt es für den Begriff des *debere* nicht an ²³⁾; von einer Ausdehnung desselben über die Verpflichtungen aus Obligationen hinaus, findet sich keine Spur in der Stelle. Es ist doch gewiss auch nicht wahrscheinlich, dass im § 3 des Fragments der Ausdruck *actio* etwas anderes bezeichnen solle, als im vorausgehenden § 2 in den Worten: *sed plerumque actiones personales solemus dicere* von demselben Ulpian für die herrschende Bedeutung des Wortes erklärt worden ist ²⁴⁾.

21) *Id quod debetur* ist Kuntzes Vermögensstoff. Vgl. dessen *Obligatio* S. 142.

22) Schon die Glossatoren, Glosse *quod sibi debetur* zu pr. Inst. de action. Jetzt noch z. B. Böcking § 131 Anm. 4.

23) Vgl. l. 42 § 1 de O. et A und l. 10 de V. S. beide von Ulpian. Diese Fragmente sprechen genau denselben Gedanken aus, wie § 3 cit. und sie noch auf etwas Anderes zu beziehen, als auf obligatorische Verhältnisse, wird doch Niemandem einfallen.

24) Mühlenbruch, *Cession* § 2 bei Anm. 28 (s. auch die in Anm. 28 angeführten) lässt die Definition der l. 51 darauf beruhn, „dass jede *actio* bei ihrer Einleitung noch ein besonderes obligatorisches Element erhielt, wodurch sie eben erst zur *actio* wurde.“ Allein es ist schon manches dafür angeführt worden, dass Celsus nicht von der anhängigen, in *iudicium* deducirten *actio* redet, sondern von derjenigen, welche schon besteht, ehe das in der *Litiscontestatio* liegende obligatorische Element hinzutritt.

Wäre nicht des Celsus Begriffsbestimmung an die Spitze des bezüglichen Institutionen-Titels gestellt worden, so würde in der That schwerlich Jemand darauf gekommen sein, ihr einen Sinn, den sie nicht hat, unterzuzwängen, ein Bestreben, welches sogar zu einem Emendations-Versuche geführt hat (s. d. folg. §). Die Institutionen-Verfasser haben eben durch jene Anordnung den Begriff des *debere* ausgedehnt. Ob aber diese Ausdehnung auf „alles, was man zu erwarten und zu verlangen hat“, nicht etwas gezwungen sei, die Urheber nicht auf Grund derselben sich einer kleinen Ungeschicklichkeit schuldig gemacht haben ²⁵⁾, ist eine Frage, die füglich auf sich beruhen kann.

§ 3.

Wesen des Klagrechts.

Die Frage nach dem Wesen des Klagrechts, nach seiner civilistischen Construction und seinem Verhältnisse zum Rechte selbst, dessen Schutz es bildet, ist bis in neuere Zeit nicht nur nicht beantwortet, sondern nicht einmal aufgeworfen worden. Alles, was in dieser Richtung vor dem Aufschwunge der Rechtswissenschaft, der sich an den Namen der historischen Schule knüpft, beigebracht worden ist, schliesst sich eng an die römische Legaldefinition an und beschränkt sich auf einzelne den Kern der Sache nicht berührende Erörterungen.

Namentlich war es der Streit, ob die Definition des Celsus in l. 51 (vgl. den vorigen § am Schlusse) auf die Klagrechte überhaupt oder nur auf diejenigen aus Obligationen gehe, welcher die Juristen beschäftigte, und hinsichtlich welches ein merkwürdiges Schwanken ¹⁾ der herrschenden Ansicht

25) Wogegen Savigny Syst. V. S. 10.

1) Dies mag einige dogmengeschichtliche Notizen rechtfertigen. Man hat zuerst in dem *quod sibi debeatur* des Celsus ganz denselben Sinn gefunden, wie in dem *quod sibi debetur* des *pr. de action.* Unter den Glossatoren war es Azo, welcher die ausschliessliche Beziehung auf die Klagen aus Obligationen behauptete. Glosse *quod sibi debetur* zu *pr. Inst. de action.* Auch in der Glosse *debeatur* zu l. 51 wird dieser Ansicht gefolgt. In den alten Controversensammlungen wurde von diesem Gesichtspunkte

zu Tage tritt. Hieran reiht sich dann jene scholastische Erörterung der Glosse, welche sich an den Satz des Azo lehnt: *aliud esse causam et aliud actionem*²⁾; und ebenso die später ziemlich allgemein herrschende Ansicht³⁾, dass einer jeden *actio* eine Obligation zu Grunde liege. Im Einschränken dieses Dogma darauf, dass jedes Klagrecht sich in mancher Beziehung mit einer Obligation vergleichen lässt, lag der nächste Fortschritt⁴⁾. Nachdem dann das Bedürfniss einer festen Begriffsbestimmung der *actio* und einer selbständigen Stellung derselben im System nachdrücklich hervorgehoben worden war⁵⁾, verdanken wir es namentlich den Ausführungen Savignys und Kierulffs, dass nunmehr das System des Privat-

aus das pr. Inst. als Belegstelle für den Satz angeführt: *ille, qui in rem convenitur, non obligatur*. Hänel, *dissensiones dominorum* Vet. Coll. § 88 a. E. Rog. § 91 a. E. Es wurde indessen schon in der Glosse dieser Meinung mit mancherlei Gründen entgegen getreten, unter welchen die Beziehung auf l. 178 § 3 de V. S. nicht der schwächste war. Auch später war man nicht einig. Cuiac hat mit richtigem Takt für das pr. de action die weitere Auffassung (Not. ad pr. cit.) für die l. 51 die engere gebilligt (Paratitl. ad tit. de O. et A.). Letztere herrscht auch bei Duaren ad tit. de O. et A. cap. III Hotomannus, *observ. lib. III cap. 17*, welcher sogar (tract. de action.) die Worte einschieben wollte: *suumque est*. Anton Faber lib. XV coniect. 1, lib. XX coniect. 9. Giphanius lect. Altorp. ad leg. 51 cit. Einzelne weichen ab, z. B. Lud. Charondas, *περί των* lib. III cap. 1 (Otto, Thes. Vol. I), und später ist die weitere Erklärung die herrschende geworden. S. ausser den bei Glück Comment. III § 271 genannten, Voet Comment. ad pand. tit. de O. et A. 8. Mit Anhäufung gewaltigen Materials vertheidigt diese Meinung auch Riccius, *vindic. iur. cap. XII* (Otto, Thes. Vol. II). Auch Glück ist ihr a. a. O. beigetreten. Ebenso Mühlenbruch, Cession § 2 S. 19 (3. Aufl.) und Böcking, Inst. § 131 Anm. 4. Dagegen ist jetzt wieder die engere Deutung von den Meisten angenommen. Savigny, Syst. V S. 10. Sintenis, d. prakt. gem. C. R. I § 29 Anm. 2. v. Vangerow, Arch. f. d. civ. Prax. XXXIII S. 296. Puchta, Vorlesgg. § 81 entscheidet sich nicht für die eine oder die andere Auffassung.

2) Glosse, *Actio autem*. ad pr. Inst. de action.

3) Man bezog sich dafür namentlich auf § 5 Inst. de exception. Voet, Comment. ad pand. tit. de O. et A. 7. Marcilius ad pr. Inst. de action. (ed. van de Water).

4) Hugo, Civ. Magazin IV S. 20 ff. Mühlenbruch, Cession § 2 n. 2). Bethmann Hollweg, Versuche S. 82. 140. 1) 149.

5) Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. VI S. 1 ff.

rechts das Actionenrecht als wichtigen, auf festgelegter Grundlage ruhenden, in klarer Ordnung gegliederten Theil in sich schliesst.

Dass jedoch auch auf diesem Gebiete noch mancherlei gethan werden kann, zeigt ein Blick, den wir in die Lehre von der Klagverjährung geworfen haben. Lässt sich doch das Schwanken der Ansichten zurückführen auf ein Wanken des Grundes selbst, auf Differenzen über das Wesen des Klagrechts. Und wenn wir suchen nach einer festen Begriffsbestimmung des letzteren in unsern Lehrbüchern, da ergiebt sich, dass gerade in Bezug auf eine solche keine Einigkeit herrscht. Es braucht dafür nur eine Bemerkung Böckings (Inst. § 131 Anm. 2) angeführt zu werden: „Unrichtig bezeichnet Puchta die Klage im materiellen Sinne als das „Annexum“ (Arndts „Zugabe“) eines Rechts, einen Zusatz zu seinem Inhalt, nicht wie Manche geglaubt haben, ein Recht für sich. Die Klage, *actio*, ist im subjektiven Sinne als „Klagrecht“ das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen etc.“

Diese Puchta — Böckingsche Differenz soll für eine eingehendere Begriffsbestimmung des Klagrechts zum Ausgangspunkte dienen. Ist das Klagrecht das Recht selbst, sind beide Begriffe identisch, oder ist dies nicht der Fall, wird vielmehr durch den für ersteres gebrauchten Ausdruck *annexum*, *Zugabe*, das Verhältniss beider Begriffe genauer bezeichnet? Das ist die hier zu beantwortende Frage. Auf mancherlei kann, wer sich für die letztere Alternative entscheidet, sich berufen. Zunächst könnte man einfach darauf hinweisen, dass doch jedenfalls das Klagrecht aus dinglichen Rechten, z. B. die *vindicatio*, etwas anderes sei, als das Recht, das Eigenthum selbst; beide haben ja eine ganz verschiedene Natur, das letztere die eines unbestimmt gegen Alle auf etwas noch gar nicht vorhandenes gehenden, ersteres die eines gegen eine bestimmte Person auf eine bestimmte Leistung gerichteten Anspruchs. Dagegen ist indessen zu erwidern, dass wir hier nicht von diesem Anspruche reden, sondern von dem schon mit der Entstehung des Rechts gegebenen abstracten *ius iudicio persequendi*. Das Klagrecht in diesem Sinne kann

man, wie auch Puchta ⁶⁾ zugiebt, von dem Dasein des Rechts, aus dem die Klage entspringt, datiren; und nur die Identität dieses abstracten Klagrechts mit dem Rechte selbst wird zunächst behauptet.

Dann könnte man einwenden, schon deswegen sei das Klagrecht mit dem Rechte, aus welchem geklagt wird, nicht identisch, weil es Rechte giebt, die gar nicht klagweise geltend gemacht werden können, und weil doch auch klagbare Rechte noch auf andere Weise als gerade durch Klage gerichtlich zu verfolgen sind, z. B. durch *exceptio*. Allein auch dieses Bedenken erledigt sich dadurch, dass *actio* in dem Sinne, in welchem wir hier reden, überhaupt für das Recht der gerichtlichen Geltendmachung steht. Wollten wir z. B. auf den Fall der *naturalis obligatio* Bezug nehmen, so würde eben der Satz: „das Klagrecht ist das Forderungsrecht“ so lauten: „die *exceptio* ist das Recht“ ⁷⁾. Das Recht der gerichtlichen Geltendmachung ist mit dem Rechte selbst gegeben, mag nun dieselbe klag- oder einredeweise erfolgen und nur erfolgen können; und nur dieses abstracte Recht, welches weder als Klagrecht im engeren Sinne, noch als *Exceptionsrecht* wirklich Form gewonnen hat, ist bis jetzt und zunächst der Gegenstand unserer Untersuchung.

Weiter geben aber Privatrechte noch ganz andere Befugnisse als das Klagrecht; dingliche Rechte z. B. enthalten die ganze Summe der Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse, obligatorische ermächtigen zur *Novation*, *Cession* zum Erlass. Wie kann man also gerade das Recht zu klagen mit dem Rechte selbst identificiren? Für die letztere Klasse, die Forderungsrechte, beantwortet sich diese Frage ohne weiteres so, dass eben die *actio* im civilrechtlichen Sinne, d. h. das *ius iudicio persequendi quod sibi debetur novirt, cedirt, aufgegeben*

6) Pand. § 81 S. auch Kierulff, Theorie S. 136.

7) Auch für die *naturalis obligatio* fällt der Begriff Forderung und *ius quod sibi debetur iudicio persequendi* zusammen. Nur kann die *persecutio* hier nicht durch das regelmässige Mittel der Klage erfolgen, sondern nur auf indirektem, zufällig offen stehendem Wege. Savigny Obl. R. I. S. 34 II S. 290.

wird. Was die dinglichen Rechte anlangt, so liegt die Grundlosigkeit auch dieses Einwandes darin, dass das dingliche Recht in der Befugniss besteht, Jeden von einer Einwirkung auf die unterworfenen Sache auszuschliessen. In der Ausschliesslichkeit liegt das Moment dieser Herrschaftsverhältnisse, durch welches sie erst zu Rechten werden. Die Ausübung des Eigenthumsrechtes besteht nicht in der Ausbeutung des körperlichen Verhältnisses zur Sache, sondern in der zustehenden zwangsweisen Ausschliessung jedes Andern⁸⁾. Nur wo Willen gegen Willen steht, ist von Willensmacht, von Recht die Rede. Auch für dingliche Rechte ist es ein richtiger, scharf bezeichnender Ausdruck: die Klage ist das Recht selbst.

Der eigentliche Grund, warum man die Qualität der Klage als Annexum, Attribut, Zugabe behauptet, liegt aber in folgendem. Die Klage erscheint nämlich als ein eventuelles, äusserstes Mittel, denjenigen, welcher sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit rechtswidrig entzieht und so das Recht eines andern verletzt, zur Anerkennung des Rechts und zur Ausgleichung der Verletzung zu nöthigen. Hiernach besteht das Recht an sich als ein Postulat des Gesamtwillens; das Klagerecht ist nur ein praesidium, eine Hülfe in der Noth, deren Existenz, so lange nicht eine Rechtsverletzung erfolgt, ganz indifferent ist. Das Klagerecht steht immer erst in zweiter Linie; in erster steht das Recht selbst, durch die eigene innewohnende Kraft gemeinsamer Ueberzeugung sich zu verwirklichen bestimmt und geeignet. „In jedem Rechtsverhältnisse besteht der gesunde naturgemässe Zustand in der freiwilligen Anerkennung und Vollziehung des Rechts, so dass die Bekämpfung des Unrechts (der Zwang, die Klage) nur als die Beseitigung eines unnatürlichen Zustandes gedacht werden kann.“

Man kann nun alles das zugeben und doch mit vollem Rechte sagen: das Klagerecht, *actio*, ist das Recht selbst.

8) Von einem andern Gesichtspunkte geht aus Brackenhöft, Ztschr. f. CR. u. Pr. XI S. 244 ff. Für unsere Auffassung dagegen Kierulff, Theorie S. 159 ff. S. auch Kuntze, die Obligatio S. 59.

Dass nämlich, abgesehen von Fällen streitigen Rechts, es auf Seiten des Verpflichteten handgreiflichen Unverstand, schlimme Hartnäckigkeit oder Insolvenz voraussetzt, die Anwendung des Zwanges abzuwarten, statt durch freiwillige Leistung zuvorzukommen, dass deshalb die Ausklagung immer als Ausnahme erscheinen wird, als „Kampf des Rechts gegen das Unrecht“, — ist wahr, allein für die juristische Construction des Begriffes Klagrecht, für das Identitätsverhältniss von Recht und Klagrecht vollkommen gleichgültig. Ob es zum Kampfe kommt, ist eventuell; die Kraft zum Kampfe, die Gewissheit des Sieges aber trägt von Anfang an das Recht in sich; sonst wäre es keins. Wie das objective Recht sich ohne die Macht, jeden Widerstand zu überwinden, nicht denken lässt, und wie man also eben diese Macht als Kern, als das wahre Wesen des Rechts treffend bezeichnet ⁹⁾, so ist auch das subjective Recht, d. h. der Privatwille, so weit er mit der Norm des objectiven übereinstimmt, von ihm gedeckt und gekräftigt wird, nicht nur eine Willensnorm, nicht blos ein Gebot der Rechtsordnung, angewandt auf ein concretes Verhältniss, sondern von vorn herein eine Kraft, den widerstrebenden Willen des rechtlich Gebundenen zu beugen. Auch für das subjective Recht ist ungehemmte Verwirklichung seines Inhalts ein Anspruch, der mit dem Rechte selbst gegeben ist, oder richtiger, nicht ein blosser Anspruch, sondern es ist das Recht selbst, sein Wesen, seine Wahrheit ¹⁰⁾. Eben so wenig als man die Möglichkeit wirklicher Durchführung für ein Annexum, eine bloße Zugabe zum Begriffe des Rechts im objectiven Sinne hält ¹¹⁾, hat man Grund, das Klagrecht, als Möglichkeit practischer Durchführung, für einen bloßen Zusatz zum Inhalte des Rechts im subjectiven Sinne zu erklären. Das *ius persequendi* verhält sich nicht wie ein *accessorium* zu der idealen Willensmacht, welche den Inhalt der Privatrechte ausmacht, sondern es ist mit ihr identisch; es ist keine rechtliche Willensmacht

9) Kierulff, Theorie § 1 unter 2. Ihering G. d. r. R. II S. 74.

10) Ihering a. a. O.

11) Puchta, Pand. § 10.

denkbar, die nicht zugleich *ius persecuendi* wäre; wollte man das letztere hinwegnehmen, so würde vom Rechte nichts übrig bleiben. Freilich kann man nun das Recht einerseits vorwiegend als Postulat des Gesamtwillens auffassen, ohne seine Realisirbarkeit weiter zu berücksichtigen; andererseits kann man es gerade von der letztern Seite ins Auge fassen. In beiden Fällen aber hat man ein und dasselbe vor sich, dort nicht die an sich existirende Hauptsache, hier nicht das bloße *accessorium*, die Zugabe, die auch fehlen könnte.

Aus diesen Gründen halte ich die Böckingsche Begriffsformulirung für richtiger und schärfer als diejenige Puchtas.

Bis jetzt ist, wie hervorgehoben wurde, vom Klagrechte nur in jenem abstracten Sinne die Rede gewesen, in welchem es nicht einen gegen eine bestimmte Person gerichteten, auf eine bestimmte *Praestation* gehenden Anspruch bezeichnet, sondern das allgemeine Element der Erzwingbarkeit, welches jedem Rechte inne wohnt, und insofern das Recht selbst. Es ist nun sogleich klar, dass *actio* in diesem Sinne nicht das sein kann, woran diejenige Rechtsveränderung vorgeht, welche wir Klagverjährung nennen. Untergang des Klagrechts wegen Unthätigkeit des Berechtigten ist vielmehr erst dann denkbar, wenn, um die ganz bezeichnende Terminologie Kierulffs zu gebrauchen, aus dem abstracten Klagrechte ein concret begründetes geworden ist. Auf diesen Process, auf die Umgestaltung des Klagrechts im abstracten, ganz allgemeinen Sinne, zu einem concret begründeten, gegen einen bestimmten Gegner auf eine bestimmte Leistung gerichteten, haben wir nunmehr unser Augenwerk zu lenken. Das führt uns denn sogleich auf die Verletzungstheorie, auf die Frage, in wie fern zur Entstehung eines Klagrechtes eine Rechtsverletzung gehöre, und ob namentlich ein Forderungsrecht erst verletzt werden müsse, ehe aus ihm ein Klagrecht zustehe, die Verjährung desselben beginnen könne.

Gehen wir von der herrschenden Darstellungsweise aus, wie sie sich bei den beiden berühmten Schriftstellern, welche das Dogma von der Rechtsverletzung am schärfsten ausge-

sprochen und am eingehendsten begründet haben, vorfindet ¹²⁾. Kierulff unterscheidet von dem Rechte, als der abstracten Möglichkeit der Klage (und Einrede), ein durch die Verletzung concret begründetes Klag- (und Exceptions)recht; Savigny nimmt, was mit dieser Auffassung ziemlich auf eins hinauskommt, ein durch die Verletzung eines wirklichen, gegenwärtigen, verfolgbaren Rechts entstandenes, seiner Natur nach den Obligationen verwandtes, neues Rechtsverhältniss an, welches er ebenfalls Klagrecht nennt. Dem gegenüber behaupten die Gegner, es finde eine solche Metamorphose des Rechts zu einem Klagrechte wohl bei absoluten, dinglichen Rechten statt, keineswegs aber bei Forderungsrechten; bei letzteren sei vielmehr zur Entstehung des Klagrechtes nicht eine Rechtsverletzung nothwendig und daher auch nicht zum Beginne der Klagverjährung.

In wie weit nun diese Opposition berechtigt sei, in wie fern sie wahres oder falsches, oder auch beides zusammen enthält, soll jetzt zu untersuchen unternommen werden.

Niemand wird zunächst verkennen, dass zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten in Bezug auf unsere Frage eine Verschiedenheit vorliegt; nur ist eben die Tragweite derselben das Streitige und schwer zu Bestimmende.

Will man von der Verletzung eines Forderungsrechtes reden, so kann dieselbe nur in der Nichtleistung bestehen, in der Nichtvornahme derjenigen Handlung (Leistung), welche als der Freiheit des Schuldners entnommen und der des Gläubigers unterworfen erscheint. Diese Nichtvornahme ist der einzig denkbare Modus der Verletzung. Was auch der Schuld-

12) Kierulff, Theorie d. gem. CR. § 9. 10. 11. Savigny, Syst. V § 205, 239. Ihre Ansicht ist die herrschende. Sintenis, d. pract. gem. CR. § 31 S. 290 und die daselbst Citirten (Anm. 14). Puchta, Pand. § 90 und dazu in den Vorlesungen. Gegen das Erforderniss einer Rechtsverletzung haben sich ausgesprochen Thon, Ztschr. f. CR. u. Pr. VIII S. 36 ff. und die daselbst in Anm. 2 Genannten. Vangerow, Pand. § 147 Anm. 1 und im Archiv f. civil. Prax. XXXIII S. 293 ff. Lenz, Studien und Kritiken S. 239 ff. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. CR. I S. 175 Anm.

ner versäumen oder thun mag, immer ist es nur deshalb rechtlich different, weil es ganze oder theilweise Nichtleistung in sich schliesst. Dolus, Culpa, Mora stellen sich als Unterlassung der Thätigkeit dar, zu welcher der Schuldner dem, welchem die Herrschaft über die betreffende Handlung zusteht, verpflichtet ist. Wie alles, was der Gläubiger über sein Recht hinaus verlangt, unter den Begriff der *pluris petitio* zu bringen ist, so ist auch umgekehrt jede Beeinträchtigung des Gläubigers unter den Gesichtspunkt des Nicht- oder Zuwenigleistens unterzuordnen. So liegt z. B. im Zuspätleisten ein *minus solvere* eben so gut, als im garnichtleisten ein solches gefunden wird ¹³⁾.

Der Inhalt der dinglichen Rechte ist dagegen die rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand, welche eine mehr oder minder umfassende Einwirkung auf denselben zum äusseren factischen Objecte hat. Die hierdurch normirte Beziehung des Eigenthümers zur Sache kann durch Eingriffe und bestreiten von Seiten anderer verletzt werden. Erschien jede Verletzung eines Forderungsrechts als Unterlassung der geschuldeten Leistung, so stellt sich dagegen jede Verletzung eines dinglichen Rechts als Vornahme einer Handlung, als Begehung dar. Auch wo eine dingliche Klage gegen denjenigen angestellt wird, welcher die Existenz des Rechts nur bestreitet, ohne sich eine thatsächliche Störung desselben zu erlauben — z. B. die *Negatoria* gegen den, welcher eine Beschränkung des Eigenthums behauptet, die *Confessoria* gegen den, der die Existenz einer *Servitut* in Abrede stellt ¹⁴⁾ — ist dieses Bestreiten ein selbständiges positives Factum. Die *actiones in rem* gehen gegen denjenigen, *qui movet alicui de aliqua re controversiam* ¹⁵⁾. Die Befugniss des dinglich Berechtigten geht nun dahin, jeden von einer Einwirkung auf die Sache, in so weit sie seinem Herrschaftskreise unterworfen

13) l. 12 § 1 de V. S. l. 85 de solution. Gaius III, 113. § 33 Inst. de action. l. 32 de V. S. Vgl. l. 7 § 2 de tribut. action. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. III § 2 Anm. 1.

14) l. 9 pr. si serv. vind. l. 15 pr. de O. N. N.

15) § 1 Inst. de action.

ist, auszuschliessen. Der dem Inhaber des dinglichen Rechtes zustehende Klagzwang ist auf ein unterlassen gerichtet.

Es verhält sich demnach hinsichtlich der dinglichen Rechte gerade umgekehrt, wie in Bezug auf die Forderungsrechte. Bei diesen geht das Recht auf Vornahme einer Handlung, in der Unterlassung liegt die Verletzung — bei jenen hingegen geht das Recht auf Unterlassung, im Vornehmen liegt die Verletzung.

Aus diesem Gegensatze heraus lässt sich die Natur des Klagrechts aus dinglichen Rechten in seiner Unterscheidung von dem aus Forderungsrechten leicht und sicher entwickeln.

Zunächst ist das causale Verhältniss der Rechtsverletzung zur concreten Bethätigung des *ius iudicio persecuendi* ein verschiedenes, oder vielmehr ein solcher causaler Zusammenhang zwischen Verletzung und Klagrecht existirt nur hinsichtlich der dinglichen Rechte. Wer eine obligatorische Verbindlichkeit freiwillig erfüllt, wendet den Zwang zur Leistung ab, macht ihn unmöglich. Wer dagegen die Beziehung des dinglich Berechtigten zur unterworfenen Sache nicht stört, hat weder Zwang zu fürchten, noch abzuwenden. Daraus folgt, dass eine stattgefundene Verletzung als Voraussetzung klagweiser Geltendmachung eines dinglichen Rechtes anzusehn ist, während Nichtleistung keineswegs als Voraussetzung, sondern Leistung nur als Ausschliessung klagweiser Durchführung eines Forderungsrechtes erscheint.

Dem Rechte des Eigenthümers steht ferner nur eine ganz allgemeine Verpflichtung aller gegenüber, ihn in der Ausübung seines Rechtes nicht zu stören, keine Verbindlichkeit mit individuell bestimmtem Inhalte. Die den Gegenstand des Forderungsrechts ausmachende Handlung ist mit der Entstehung des letzteren gegeben; die Gegenstände jenes negativen Zwangsrechts dagegen, die Störungen und Beschädigungen, müssen erst stattfinden, ehe von ihrer Ausschliessung und Beseitigung die Rede sein kann. Vorher fehlt es ganz und gar an dem durch die Klage zu Erzwingenden.

Theilweise damit zusammen fällt eine andere Consequenz aus dem Gegensatze der juristischen Natur beider Klassen von Rechten. Bei dem Forderungsrechte ist derjenige, wel-

cher Verpflichteter und Beklagter sein soll, bestimmt; gegen wen dagegen die Vindication, Negatoria, Confessoria oder Pfandklage geht, tritt erst hervor, wenn eine Verletzung vorliegt.

So bekannt und klar nun dieser Gegensatz ist ¹⁶⁾, so erscheint derselbe dennoch verkannt, wenn Kierulff und Savigny eine Construction des Klagrechts aufstellen, welche den Einfluss der Rechtsverletzung in beiden Fällen ganz in daselbe setzt, in die Umwandlung eines abstracten in ein concretes Klagrecht, in die Erzeugung eines neuen als Entwicklungsphase des ursprünglichen Rechtes zu betrachtenden Rechtsverhältnisses. Das ist es, worin ich den Gegnern der allgemeinen Verletzungstheorie beistimme, und was nunmehr noch näher auszuführen ist. So treffend nämlich die Auffassung beider Juristen für die absoluten Rechte an Sachen ist, so wenig passend erscheint sie für die Forderungsrechte, vielmehr wird sich vielleicht zeigen lassen, dass in der That für letztere das Klagrecht, die *actio nata*, anders zu construiren ist.

§ 4.

Fortsetzung. Savigny. Kierulff.

Nach der Lehre Savignys wird durch die Verletzung das Recht nicht nur zu seinem auf concrete Verwirklichung zielenden Handeln getrieben (Kierulff), nicht nur entsteht aus einem abstracten, eventuellen Klagrechte ein concretes, gegenwärtiges, sondern es erwächst aus ihr ein ganz neues Rechtsverhältniss. Klagen sind Modificationen der ihnen zu Grunde liegenden Rechte. Das durch die Verletzung neu entstandene Rechtsverhältniss ist ein Anspruch gegen eine bestimmte Person (den Verletzer) und auf eine bestimmte Handlung (Aufhebung der Verletzung) und hat also eine den Obligationen ähnliche Natur; Kläger und Beklagter stehen einander gegenüber wie Gläubiger und Schuldner.

16) S. z. B. die treffende Ausführung bei Kierulff S. 159 ff.

Wenden wir dies an auf die Forderungsrechte und fassen jene bestimmte Handlung, auf welche der neue Anspruch geht, die Aufhebung der Verletzung, ins Auge. Diese Aufhebung kann nur in der Leistung dessen bestehn, was dem Gläubiger durch die Verletzung seines Rechts entgangen ist. Entgangen ist ihm eben die Leistung, die er zu fordern berechtigt war. Aus dem Rechte des A, von B Hundert zu fordern, wird dadurch, dass B nicht zahlt und somit das Recht des A verletzt, ein den Obligationen ähnliches Rechtsverhältniss, wonach A von B Aufhebung der Verletzung zu fordern hat, d. h. eben die Zahlung von Hundert. So die Sache angesehen, dürfte die Existenz eines neuen Rechtsverhältnisses etwas problematisches haben.

Allein der Gegenstand des durch die Verletzung begründeten obligationenartigen Anspruchs lässt sich vielleicht noch anders fassen. Durch die Verletzung entgangen ist dem Gläubiger zunächst zwar die geschuldete Handlung; allein daraus folgt nicht, dass durch nachträgliche Vornahme derselben die erstere aufgehoben würde. Vielmehr kann die ausgefallene Handlung gar nicht nachträglich vorgenommen werden, sondern immer nur eine andere mit der ersteren mehr oder minder gleichartige; kurz, die Aufhebung der Rechtsverletzung erscheint als Entschädigung. Wir gelangen hiermit zur Theorie Hasses¹⁾, dass jede Obligationssklage auf Entschädigung wegen Rechtsverletzung gerichtet sei. Eine einzige Obligation macht nach ihm den beständigen Gegenstand der actio in personam aus: die Verpflichtung zum Ersatz wegen Rechtsverletzung.

Savigny hat sich über die Natur des aus der Verletzung obligatorischer Verbindlichkeiten erwachsenden Klaganspruches, über das, was er unter „Aufhebung der Verletzung“ versteht, nicht weiter ausgesprochen²⁾. Allein nur zweierlei ist möglich:

1) Rhein. Museum für Jurispr. VI Bd. I. Darin, dass von Hasse zum Beweise seines Postulats einer Verletzung zur Entstehung der actio aus Forderungsrechten nichts beigebracht ist, ist Thon Ztschr. f. CR. u. Pr. VIII S. 36 Anm. 1 vollkommen beizustimmen.

2) Zuletzt, Obl. R. II S. 293, formulirt er seine Theorie so, dass der

entweder geschieht diese Aufhebung durch nachträgliche Vornahme der ausgelassenen Handlung, die Obligationsklage geht auf die von vorn herein geschuldete Leistung —, oder die Rechtsverletzung wird aufgehoben durch Ersatzleistung für den zugefügten Nachtheil, die Klage aus Forderungsrechten geht immer auf Schadensersatz. Nach der ersteren Auffassung würde, wie schon angedeutet, das neue Rechtsverhältniss ein ziemlich illusorisches sein; denn nur dadurch unterschiede es sich vom Forderungsrechte selbst, das letzteres ein obligatorisches Rechtsverhältniss, ersteres ein obligationenartiges wäre; Gläubiger, Schuldner, Leistung wären ganz dieselben geblieben. Der einzige Unterschied wäre dann, dass man z. B. den Kaufpreis vor der Verletzung deshalb zahlen müsste, weil man gekauft hat, nach der Verletzung, weil man ihn nicht gezahlt hat! Es ist nunmehr durch Widerlegung der Lehre Hasses³⁾ der Beweis zu führen, dass auch die zweite Betrachtungsweise eine unhaltbare ist, dass mithin ein durch die Verletzung eines Forderungsrechts entstandenes neues obligationenartiges Rechtsverhältniss nicht existirt.

Hinsichtlich der Delicts-Obligationen glaubt Hasse leichtes Spiel zu haben. Das einer Delictsklage zu Grunde liegende Rechtsverhältniss ist ja eben eine aus Rechtsverletzung entspringende Verpflichtung zu Schadensersatz. Das wird

Rechtsschutz, zu welchem die meisten Rechtsverletzungen führen, auf die Abwehr oder Herstellung gehe, welche bewirkt werden soll, wenn die wahre Rechtsgrenze zwischen zwei Personen verrückt worden ist. Es wird hervorgehoben, dass die Klagen aus dem Darlehn, dem Kauf- und den andern Verträgen unter diesen Gesichtspunkt fallen, ohne Unterschied, ob sie auf verweigerte Erfüllung unmittelbar oder auf die durch dolus, culpa, mora herbeigeführte Modification in dem ursprünglichen Inhalte des Vertrags gerichtet werden.

3) Mühlenbruch, Cession § 2 Anm. 26, glaubt die Darstellung Hasses durch das Entgegenhalten der einfachen Bemerkung beseitigen zu können, dass, wenn eine Obligation nicht erfüllt ist, doch immer das, was geschehen sollte, als der Massstab für die gerichtliche Forderung anzusehen sei. Allein dies würde ganz ebenso der Fall sein, wenn die Klage aus Obligationen auf Schadensersatz gerichtet wäre. Auch dann würde zu praestiren sein, was die ausgelassene Leistung für den Gläubiger werth war. Vgl. auch Hasse a. a. O. S. 19 ff.

Niemand läugnen. Allein wer mit einer *actio ex delicto* klagt, macht nicht das durch das Delict verletzte Recht geltend, sondern eine durch die verletzende Handlung entstandene selbständige *Obligatio*; er verlangt zunächst nicht Ersatz zugefügten Nachtheils, sondern Befriedigung aus einem ihm zustehenden Forderungsrechte. Dadurch, dass sie selbständige *Obligationen* erzeugen, unterscheiden sich eben die *Delicte* von den übrigen Rechtsverletzungen⁴⁾. Die hier vorliegende Unklarheit hat denn auch dahin geführt, dass solche, welche zu *actio nata* aus Forderungsrechten eine Verletzung voraussetzen, bei *Delicts-Obligationen* inconsequenter Weise mit der im Delict selbst liegenden sich begnügten⁵⁾.

Bezüglich der Nichtdelicts-*Obligationen* wird eine künstliche Beweisführung versucht. Als Beispiel dient die Verpflichtung aus einem auf eine Geldzahlung gerichteten Versprechen. Der Inhalt einer solchen *Obligatio* ist nach H. S. 15: das Geben einer bestimmten Summe von einem andern an mich soll von meinem Willen abhängen. Der Zielpunkt

4) Das tritt schon bei der *legis actio sacramento* scharf hervor. Während es sich nicht ganz genau bestimmen lässt, wie dieselbe bei *Delicts-forderungen* formulirt war (vgl. Keller CR. S. 66. Dernburg, krit. Ztschr. f. d. ges. Rw. I S. 468. Römer, krit. Ueberschau II S. 381), so scheint es doch festzustehn, dass die dem Sacrament zu Grunde liegende Behauptung nicht auf das Vorhandensein der die Forderung begründenden Thatsache, sondern auf die Existenz der Forderung selbst ging. Gaius IV, 11. Bekker, processualische Consumption S. 31.

5) S. die bei Thon a. a. O. S. 36 Genannten. Diesem Schriftsteller selbst ist wohl nicht die von Savigny Syst. V. S. 286 Anm. q. gerügte Verwechslung vorzuwerfen. Er unterscheidet bestimmt zwischen einer Verletzung des der Klage zu Grunde liegenden Rechts und einer Verletzung, welche Grund des Anspruchs selbst ist. S. auch Kierulff, Theorie S. 199 Anm. *); Sintenis, d. pract. gem. CR. S. 291 Anm. 14. Wenn Savigny a. a. O. S. 17 unterscheidet, dass bei den *Contractsklagen* eine *Obligation* schon vor der Verletzung vorhanden sei, nicht aber bei den *Klagen aus Delicten*, weil hier die Verletzung mit der Entstehung der *Obligation* zusammenfalle, so dürfte dagegen wohl zu erinnern sein, dass auch eine *obligatio ex delicto* erst vorhanden sein muss, ehe sie verletzt werden kann, dass also die im Delict liegende Verletzung mit der, die dem Klagrecht die Entstehung giebt, nicht zusammenfallen kann. Vgl. auch Arndts, Pand. § 97 Anm. 2.

der Obligation ist der, wo mein (des Creditors) Wille sich rechtlich gültig bestimmt hat. Folgt dann der Schuldner meinem Willen, zahlt er, so ist Zweck und Ziel der Obligation erreicht, sie erlischt. Aber auch, wenn er nicht zahlt, kann dieselbe den Punkt, auf welchen sie gerichtet war, nicht überleben, deshalb nicht, weil ihr Inhalt von da an ein unmöglicher geworden. Der Inhalt war, der Andere sollte geben, so bald ich wollte; ich habe gewollt, und er hat nicht gegeben. Da nun aber die actio erst entsteht, wenn der Wille des Creditor nicht befolgt worden, die Obligation verletzt und damit zugleich als eine unmöglich gewordene aufgehoben ist, so kann die actio nicht auf Erfüllung dieser ursprünglichen Obligation, sondern sie muss auf Schadensersatz gehen ⁶⁾.

Diese Argumentation ist jedoch von weniger als zweifelhaftem Werthe.

Wenn es wahr wäre, dass der Inhalt der Verbindlichkeit mit Ablauf des Zahlungstages ein unmöglicher geworden, so müsste allerdings die Klage auf etwas anderes gehen, und dieses könnte nur Ersatz dessen sein, um was durch Nichterfüllung das Vermögen des Gläubigers vermindert ist, Schadensersatz. Allein es beruht diese Voraussetzung auf einer recht unerfindlichen Spitzfindigkeit.

Die rechtliche Macht über eine Leistung des Schuldners, welche den Inhalt jeder Obligation ausmacht, bezieht sich in der Regel gar nicht auf eine Vornahme, welche an einen bestimmten Moment gebunden wäre, sondern auf das Eintreten der Leistung überhaupt; der Zielpunkt der Obligation hat nicht die Bedeutung, dass nur an ihm diese Leistung vorgenommen werden könnte, sondern er ist derjenige Moment, von welchem an nach dem rechtsgründenden Willen der Par-

6) H. S. 15: „So ist der Punkt, auf den als einen zukünftigen sie hinielte, ein vergangener geworden; und damit ist ihr Inhalt ein Unding.“ S. 16: „Ist der Tag ohne Zahlung verstrichen, so kann die bisherige Obligation eben so wenig fortbestehen, als ich mich heute anheischig machen kann, gestern zu zahlen.“ So wird der wahre Satz verdreht, dass die rechtzeitige Erfüllung, wenn sie am ersten Januar eintreten sollte, natürlich nicht mehr am zweiten geschehn kann.

teilen oder nach dem Ausspruche des Gesetzes das Forderungsrecht als ein wirklich vorhandenes, klagbares zu existiren beginnen soll. So ist der Inhalt eines auf den ersten Januar gerichteten Zahlungsversprechens kein anderer, als dass der Gläubiger befugt sein solle, von diesem Tage an Zahlung zu beanspruchen, unabhängig vom Willen des Schuldners seine Befriedigung zu erhalten; oder wenn das Recht bestimmt, es solle, falls aus den Umständen sich ein Aufschub der Befriedigung ergibt, derselbe als von den vertragschliessenden Theilen gewollt gelten ⁷⁾, so ist doch gewiss nicht die Obligation derart an den ersten Tag, an welchem eine Befriedigung möglich wäre, also auch als gewollt gelten muss, gefesselt, dass sie nach diesem Tage nicht mehr bestünde, nicht mehr erfüllt werden könnte; vielmehr sagen uns die Quellen ausdrücklich, dass auch nach dem Zielpunkte die Obligation erfüllt werden kann ⁸⁾.

l. 137 § 3 de V. O. — *transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spondit, si quandoque tradit.*

Aber auch selbst angenommen, dass die Vornahme der Leistung nur rechtzeitig erfolgen könnte, sonst gar nicht, würde doch der H.'s Darstellung zu Grunde liegende Gedankengang ein schiefer sein. Es giebt ja bekanntlich Obligationen, deren Erfüllung wirklich an eine bestimmte Zeit dergestalt geknüpft ist, dass mit dem Ablaufe der Zeit nicht nur rechtzeitige Erfüllung, sondern überhaupt Prästation dieser Leistung, Erfüllung dieser Obligation nicht mehr möglich ist, so die Verpflichtung, Jemandem an einem bestimmten Tage Logis zu

7) l. 41 § 1 de V. O. — *nisi locus adjectus spatium temporis inducat* — l. 33 pr. *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit* — l. 137 § 2 eod. *Quum ita stipulatus sum: Ephesi dari? inest tempus* — l. 14. 60. 98 § 1 eod.

8) Ob der Schuldner, der nicht rechtzeitig erfüllt hat, durch nachträgliche Leistung befreit wird, oder das Interesse prästiren muss, ist eine Frage, welche nicht hierher gehört, sondern nur das wird behauptet, dass durch Unterlassung der Erfüllung allein die obligatorische Verpflichtung sich nicht in einen Anspruch auf Schadensersatz verwandelt.

geben, ihm zu einer Feierlichkeit einen Platz am Fenster abzulassen⁹⁾. Aber auch in diesen Fällen, in welchen also wirkliche Unmöglichkeit der gewollten Leistung eingetreten ist, die Klage also nur auf Gewährung des Interesse, auf ein Aequivalent gehen kann, beruht es auf einer handgreiflichen Verwechslung, zu sagen, es werde in Folge der durch Nichterfüllung eingetretenen Unmöglichkeit eine Forderung auf Schadensersatz begründet. Was nämlich diese Forderung hervorbringt, ist nicht die Thatsache der Nichtleistung, sondern die culpa, das Verschulden von Seiten des Schuldners, welches noch ganz anderes voraussetzt, als jenes Factum¹⁰⁾. Abgesehen von diesem Verschulden würde die Obligationsklage immer nur auf Vornahme der ursprünglichen Leistung gehn, also da diese unmöglich geworden, einfach wegfallen.

Es ist daher irrig, den Gegenstand der obligatorischen Klagen als Schadensersatz wegen Rechtsverletzung zu bezeichnen. Ihr Gegenstand ist vielmehr, abgesehen von Erweiterungen durch culpa oder mora, welche immer nur als zufällige Ereignisse hinzutreten, ganz dasselbe, worauf das Forderungsrecht von vorn herein gerichtet war. Da nun auch die Subjecte des Klagrechts ganz dieselben bleiben, so würde die Verletzung ganz genau dieselben rechtlichen Folgen haben, wie das die ursprüngliche Forderung begründende Factum, und nur darin würde das durch die Verletzung erzeugte Klagrecht sich von jener unterscheiden, dass letztere eine wahre Obligation, dieses dagegen nur ein obligationenartiges Verhältniss wäre, „keine wahre, vollendete Obligation, sondern nur der Keim einer solchen, der jedoch auf dem Wege natürlicher Entwicklung in eine wahre Obligation übergeht.“ Sichtlich wäre somit das Rechtsverhältniss durch die Rechtsverletzung in seiner Entwicklung statt vorwärts zurückgekommen, aus einem wirklichen obligatorischen Verhältnisse wäre ein Embryo geworden.

So bezeichnend und wahr Savignys Darstellung, die Construction eines neuen als Metamorphose des Rechts erschei-

9) Andere Beispiele s. bei Mommsen, Beiträge zum Obl. R. III S. 28 f.

10) Mommsen, a. a. O. vgl. mit § 2 S. 16 ff.

nenden, durch Verletzung entstandenen Rechtsverhältnisses, des Klagrechts, für die absoluten Rechte an Sachen ist, für so zweifelhaft ist sie nach dem Gesagten bezüglich der Forderungsrechte zu halten. Führt sie nicht zu Irrthümern ¹¹⁾ und Inconsequenzen, so entbehrt sie wenigstens jedes dogmatischen Werthes.

Kürzer können wir hier über Kierulffs Construction hinweggehn. Seine Unterscheidung einer abstracten und concreten Begründung des Klagrechts wäre ganz zutreffend, auch die Terminologie ganz passend für jene Veränderung, welche durch die Verletzung von absoluten Sachenrechten in der rechtlichen Stellung des Berechtigten vorgeht und welche von K. selbst (S. 159 ff.) so erschöpfend dargestellt ist. In diesem Sinne wäre das Klagrecht aus Forderungsrechten von vorn herein ein concret begründetes, während dies dasjenige aus Sachenrechten erst mit der Verletzung würde; allein so fasst K. jenen Unterschied abstracter und concreter Begründung nicht, sondern wendet ihn auch auf Forderungsrechte an, behauptet auch für diese, ein Klagrecht aus ihnen werde erst durch eine stattgefundene Verletzung concret begründet. Auch in diesem Sinne ist nun dem angeführten Schriftsteller in so weit beizustimmen, dass jedes Klagrecht als ein ruhendes und als ein zur Thätigkeit veranlassendes und in Folge dessen thätiges oder unthätiges gedacht werden kann, und dass, damit von einem thätigen oder unthätigen Klagrechte gesprochen werden könne, immer eine Rechtsverletzung gegeben sein muss. Redet man vom Klagrechte, als thätiges oder unthätiges aufgefasst, so ist eine stattgefundene Verletzung ein nothwendiges begriffliches Element desselben. Will man nun das ruhende als abstract begründetes, das thätige als concret begründetes Klagrecht bezeichnen, so wäre gegen Kierulffs Theorie nichts einzuwenden.

11) Vielleicht kommt auch der von Kuntze, die Obligation S. 110, an Delbrück, Uebnahme S. 13, gerügte auf ihre Rechnung. Recht deutlich tritt, wie die besprochene Klagrechts-Construction eine Verallgemeinerung des für dingliche Rechte Geltenden ist, z. B. hervor bei Puchta, Vorlesgg. § 81 unter 6): „Durch die Verletzung bestimmt sich der Verklagte.“ Das ist doch für Forderungsrechte vollkommen sinnlos.

Allein sofern er die abstracte mit der Entstehung des Forderungsrechts zusammenfallende Begründung eines obligatorischen Klagrechts und die concrete durch die Rechtsverletzung bewirkte trennt als zwei selbständig nebeneinander stehende, der Zeit nach möglicher Weise weit auseinander fallende Thatsachen ¹²⁾, in so fern ist seiner Lehre zu widersprechen als einer Generalisirung des für das Klagrecht aus dinglichen Rechten Geltenden. Darin nur lag ja auch das Unberechtigte der Savignyschen Darstellung, dass die Verletzung statt als vorauszusetzendes Element des als thätig gedachten Klagrechts, von ihm als concretes, vom Zustandekommen des Forderungsrechtes zu trennendes, ein neues Rechtsverhältniss begründendes Factum aufgefasst wurde. Der Nachweis, dass unser Widerspruch kein grundloser ist, wird in der Darstellung zu finden sein, worin die Verletzung besteht, welche Voraussetzung des als thätig oder unthätig erfassten Klagrechtes ist.

§ 5.

Die Gegner der Verletzungstheorie. Begriff der Verletzung.

Die Frage, ob zum Begriffe der actio eine stattgefundene Rechtsverletzung gehöre, ist zur Sprache gekommen bei Behandlung einzelner Streitfragen aus der Lehre von der Klagverjährung; so namentlich bei Erörterung derjenigen, wann die Klage aus einem unbetagten, unverzinslichen Darlehn und ähnlichen Geschäften zu verjähren beginne. An diese Besprechung schliessen sich auch die Ausführungen derjenigen an, welche das Requisit einer Rechtsverletzung in Abrede gestellt haben. Es wird hier genügen, die drei Schriftsteller, welche dies zuletzt gethan, zu berücksichtigen, Thon, Lenz und v. Vangerow ¹⁾. Alle drei verneinen es rundweg und principiell, dass zur Existenz einer actio aus Forderungsrechten

¹²⁾ Weshalb er auch das abstract begründete Klagrecht ein eventuelles nennt.

¹⁾ S. § 3 Anm. 12.

noch etwas anderes erfordert werde, als ein gegenwärtiges, verfolgbares Recht. Die Wahrheit dieser Behauptung suchen sie theils im Wege allgemeiner Auseinandersetzungen, theils direct aus den Quellen darzuthun.

Dass nun in der That schon mit der Entstehung eines gegenwärtigen klagbaren Forderungsrechtes auch das Klagrecht vollkommen zur Existenz gelangt, das erscheint nach dem in den vorigen §§ Ausgeführten als feststehend. Und dass auch die römischen Juristen von *actio* reden, ohne irgend eine Verletzung vorauszusetzen, oder nur an eine solche zu denken, dafür bedarf es wirklich keiner besonderen Citate ²⁾. Das ist eben das abstract begründete Klagrecht Kierulffs, die „im allgemeinen Sinne entstandene“ Klage Puchtas ³⁾.

Allein eben so fest steht, dass von Thätigkeit oder Unthätigkeit eines Klagrechts nicht die Rede sein kann vor einer stattgefundenen Rechtsverletzung. Es wird nämlich nimmermehr hinweg zu disputiren sein, dass die Klage ist „ein Kampf des Rechts gegen das Unrecht.“ Kampf ist nur vorhanden, wo ein Feind gegenüber steht; und ein Feind ist nicht, wer das Recht eines Andern anerkennt und sich ihm fügt, sondern nur wer es verneint und verletzt. Soll die Macht diesen Kampf zu kämpfen, das Klagrecht, untergehn, weil es unthätig geblieben ist, nicht gekämpft hat, so kann auch der Feind nicht fehlen. Nicht kämpfen ist doch sicher nicht Unthätigkeit, wo Niemand zu bekämpfen ist. Damit also die Verjährung beginne, *actio nata* sei nach der Sprache der Constitutionen, muss eine Rechtsverletzung vorliegen. So viel scheint mir denn doch für jedes Klagrecht wahr zu sein, für

2) Man legt namentlich Gewicht auf die Legal-Definition von *actio* in l. 51 de O. et A., auf die Redeweise *actio ex contractu nascitur*, z. B. l. 6. 7 de pactis, l. 5 de O. et A. § 17 Inst. de action.; ferner darauf, dass den Juristen die Begriffe „Gläubiger sein“ und „eine Klage haben“ identisch seien, z. B. in l. 42 § 1 de O. et A. l. 10—12 de V. S. (v. Vangerow S. 296) vgl. auch l. 54 de V. S. l. 16 § 2 qui et a quib. manumitt. und l. 108 l. 178 § 3 de V. S. Beispiele dafür, dass überhaupt die Ausdrücke *obligatio* und *actio* ganz dasselbe bezeichnen und beständig mit einander abwechseln, finden sich bekanntlich ohne Zahl.

3) Vorlessgg. § 81 unter a) a. E.

das aus Obligationen, wie für das aus Sachenrechten ⁴⁾. Da nun eben unsere Quellen, damit die Verjährung beginne, nichts anderes verlangen, als dass die *actio nata* sei, zustehe (*ex quo ab initio competit, ex quo possit moveri*), so folgt daraus, dass in diesem Sinne zur *actio nata* eine Rechtsverletzung gehört ⁵⁾.

Dies zu läugnen haben sich meines Erachtens die drei angeführten Schriftsteller recht vergebliche Mühe gegeben. Man kann, wie sie, die Lehre von der Begründung des Klagrechts durch die Verletzung verwerfen und nichts desto weniger zugeben, dass vom Beginne der Klagverjährung ohne eine stattgefundene Rechtsverletzung nicht die Rede sein könne.

Dies kann man deswegen, weil im Momente, in dem ein gegenwärtiges, wirksames Forderungsrecht zur Entstehung gelangt und nicht sofort erfüllt wird, immer eine Rechtsverletzung vorliegt. Mit jenem Momente ist zugleich das Klagrecht begründet, und es ist zugleich, sobald nicht sofort geleistet oder geklagt wird, ein unthätiges. Die *actio nata* in dem Sinne, in welchem gesagt wird „*actio ex contractu nascitur*“ und in demjenigen, in welchem der Ausdruck den Beginn der Verjährung, also der Unthätigkeit bezeichnet, besteht zu gleicher Zeit. Die Verletzung eines Forderungsrechtes lässt sich wohl als ein zum Bestehn desselben hinzu kommendes Moment denken, aber nicht als eine der Zeit nach von der Entstehung des ersteren getrennte, ihr nachfolgende Thatsache. So schieben die Kaiser-Constitutionen dem Worte *nasci* keineswegs einen andern Sinn unter, als in welchem es sonst in den Quellen vorkommt. Sie haben vollkommen genau und aus dem Wesen des Klagrechtes heraus geredet, wenn sie den Satz aufstellen: die Unthätigkeit des Klägers beginnt, sobald das Klagrecht begründet ist (*actio competit, nascitur*).

Die Begründung dieser Sätze muss durch die Feststellung des Begriffs der Verletzung von Forderungsrechten geliefert werden. Dass auf diese Begriffsbestimmung für unsere Frage

4) S. auch Böcking, Pand. § 131 a.

5) Das ist das concret begründete Klagrecht Kierulffs; die Klage ist nach Puchta a. a. O. durch die Verletzung entstanden im engern Sinne.

das Meiste ankomme, darauf hat v. Savigny nachdrücklich hingewiesen und zugleich einen hier einschlagenden Irrthum beseitigt. Auch der Angriff v. Vangerows dreht sich zum grossen Theile um diesen Punkt.

Jener durch v. Savigny abgethane Irrthum ist der, welcher auch noch der Abhandlung Thons zu Grunde liegt, als wenn zur Verletzung eines Forderungsrechts immer eine Mahnung von Seiten des Gläubigers erforderlich wäre. Diejenigen, welche früher die Nothwendigkeit einer Verletzung behaupteten, verlangten, damit die Verjährung beginne, die *actio nata* sei, dass der Schuldner trotz an ihn ergangener Mahnung nicht erfüllt habe. Ihnen hielt man nun mit gutem Grunde eine Anzahl Stellen entgegen, in welchen ausdrücklich gesagt ist, dass das Klagrecht sogleich in dem Momente beginne, in welchem das Forderungsrecht seine Entstehung nimmt ⁶⁾. Allein dass man aus diesen Stellen nicht folgern kann, es werde zum Beginne der Klagverjährung keine Rechtsverletzung vorausgesetzt, dass man das Requisit einer Rechtsverletzung mit dem einer vorausgegangenen Mahnung, wie noch Thon that, nicht identificiren darf, hat eben v. Savigny nachgewiesen ⁷⁾.

Zugleich ist von Ebendemselben eine andere Begriffsbestimmung der Rechtsverletzung, welche zum Beginne der Verjährung obligatorischer Klagrechte nothwendig ist, aufgestellt worden, nach welcher, ohne dass sich ein Widerspruch mit jenen Stellen ergäbe, doch das behauptete Requisit gewahrt bleibt. Nach der betreffenden Ausführung liegt die Verletzung eines Forderungsrechtes darin, dass die rechtlich begründete Erwartung des Gläubigers, befriedigt zu werden, getäuscht wird. Weil bei den meisten obligatorischen Verhältnissen diese Erwartung sogleich mit eingegangenem Vertrage rechtlich begründet sei, so müsse nun auch in der Regel die *actio* gleich in diesem Momente *nata* sein, die Verjährung zu laufen beginnen; nur bei einigen Verträgen fehle von Anfang an jene Erwartung und mit ihr die *actio nata*.

6) S. § 1 Anm. 10. Thon a. a. O. S. 39 ff.

7) Syst. V S. 285 Anm. o.

Dass nun auch diese Definition der nothwendigen Verletzung, obwohl sie eine weit spirituellere ist, als die Thons und seiner Gegner und der ihrigen gegenüber eine gereinigte, nichtsdestoweniger immer noch einen fremdartigen, auszuscheidenden Bestandtheil enthält, will ich unten nachzuweisen versuchen. Zunächst ist erst die Bedeutung des von v. Vangerow auf Savignys Darstellung geführten Angriffs zu würdigen, um so mehr, da auch diejenige Ansicht, welche von mir entwickelt werden wird, damit steht oder fällt, ob die Sätze des Ersteren unhaltbar sind oder richtig. Darin schon liegt es, dass mir der Angriff als ein abzuweisender erscheint.

Dem Satze Savignys, dass in der Regel sogleich mit der Begründung eines Schuldverhältnisses auch die Verpflichtung zur augenblicklichen Zahlung verbunden sei, stellt Vangerow die Behauptung entgegen, dass vielmehr in allen Fällen, wo nicht besondere Nebenbestimmungen über die Art der Zahlung vorliegen, der Gläubiger alsbald zu fordern berechtigt werde. Der Schuldner braucht nach ihm nicht unaufgefordert Zahlung zu leisten, und er verletzt seine Verbindlichkeit nicht, falls er nicht der geschehenen Aufforderung gegenüber die Leistung verweigert oder verzögert. Die innere Verständigkeit und Zweckmässigkeit dieses Grundsatzes soll keiner besonderen Nachweisung bedürfen und auch vollständig im römischen Rechte begründet sein.

Allein es ist doch kaum zu verkennen, dass die beiden Sätze: der Schuldner ist zur augenblicklichen Zahlung verpflichtet, und: der Gläubiger ist zur augenblicklichen Einforderung berechtigt, ganz und gar dasselbe sagen, nämlich dass die Obligation und mit ihr das Klagrecht gleich mit der Existenz des das Schuldverhältniss begründenden Factums zur Entstehung gelangen. Wie die beiden Definitionen:

Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent etc.

und:

Debitor intelligatur is, a quo invito exigì pecunia potest

ganz ein und dasselbe aussprechen ⁸⁾, dass die Obligation in dem Rechte bestehe, eine Leistung unabhängig vom Willen des Verpflichteten herbeizuführen, nur dort zunächst unter Beziehung auf den Gläubiger, hier auf den Schuldner, so enthalten auch die von v. Vangerow einander entgegengesetzten Sätze ganz dasselbe.

Prüfen wir nun die Quellenbeweise v. Vangerows ⁹⁾.

1) Gesetzliche Aussprüche, in denen die Wirkung eines ohne besondere Nebenbestimmungen abgeschlossenen Vertrags einfach dahin angegeben wird, dass der Gläubiger sogleich fordern könne, z. B. § 2 Inst. de V. O.

Omnis stipulatio aut pure aut in diem, aut sub conditione fit. Pure veluti: quinque aureos dare spondes? idque confestim peti potest.

Wie hieraus gefolgert werden soll, dass der Gläubiger erst fordern müsse, ehe der Schuldner zu zahlen brauche, ist unbegreiflich, da v. Vangerow selbst unsere Stelle dafür citirt ¹⁰⁾, dass zur Begründung der Klage nichts weiter vorausgesetzt werde, als die Entstehung der klagbaren Obligation. Die Ausdrücke „petere, exigere“ können zwar beide Bedeutungen haben, die aussergerichtlicher und die gerichtlicher Forderung, allein sicher heist gerade in unserer Stelle „petere“ so viel als klagen; man braucht nur andere Stellen zu vergleichen, in welchen offenbar ganz derselbe Gedanke ausgesprochen werden soll, und in denen es heisst: confestim agi tecum potest ¹¹⁾, statim posse depositi actione agere ¹²⁾, confestim mandati agere potest ¹³⁾.

8) Cuiac ad § 2 Inst. de V. O. Debetur autem quodcunque peti potest: quin etiam debetur et petatur sunt paria.

9) a. a. O. S. 298 ff.

10) S. 296 Anm. 12).

11) l. 21 § 1 de pecun. const. Paulus.

12) l. 1 § 22 depos. Ulpian.

13) l. 18 de fidejuss. Papinian. Vgl. auch l. 118 § 1 de V. O. von demselben. Dagegen kann es kaum in Betracht kommen, dass, weshalb v. Schröter, Ztschr. f. CR. u. Proc. IV S. 145, unter dem petere der einschlagenden Stellen aussergerichtliches Fordern verstehn will — dies die natürliche, gewöhnliche Bedeutung des Wortes sei.

Auch die andere von v. Vangerow angeführte Stelle Ulpian's l. 213 de V. S.

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies,

beweist nichts, da auch hier das „peti potest“ so viel heisst, oder wenigstens so viel heissen kann, als „agi potest“ 14).

Wenn endlich behauptet wird, es werde nirgends gesagt, dass der Schuldner zur augenblicklichen Zahlung verpflichtet sei, — denn wenn es in einigen Stellen 15) heisse „praesenti die debetur“, so sei dies lediglich ein anderer Ausdruck für den Gedanken, dass der Gläubiger alsbald fordern könne — so kann man gewiss mit ganz gleichem Rechte gerade das Umgekehrte behaupten.

2) v. Vangerow sucht die Wahrheit seines Satzes aus l. 48 de V. O. von Ulpian zu folgern:

Si decem, quum petiero, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio; et ideo licet decessero, priusquam petiero, non videtur defecisse conditio.

Allein daraus, dass das „quum petiero“ nicht als Bedingung zu fassen ist, folgt keineswegs, dass der Schuldner nicht von vorn herein ohne Mahnung zu zahlen verpflichtet wäre; vielmehr kann die Frage, ob jene Phrase eine Bedingung enthalte, vernünftiger Weise nur aufgeworfen werden, wenn man eine solche Verpflichtung des Schuldners annimmt. Nur dann konnte es zweifelhaft erscheinen, ob durch das „quum petiero“ der Eintritt der Zahlungspflicht suspendirt werden, oder ob nur eine admonitio quaedam darin liegen sollte. Wenn der Schuldner in jedem Falle erst zu zahlen verpflichtet wäre,

14) Vgl. auch l. 186 de R. I. l. 21 quando dies legat. l. 44 § 1 de O, et A. Vgl. mit l. 9 pr. de R. C.

15) l. 41 § 1 de V. O. l. 14 de R. I. Ebenso in l. 21 cit. l. 44 § 1 cit. u. v. a.

nachdem der Gläubiger gemahnt hat, so wäre es klar, dass unsere Worte keine selbständige Bedingung enthalten können, und die Entscheidung Ulpian's wäre sehr trivial.

Die Clausel charakterisirt sich als ein Zusatz, welcher rechtlich ganz indifferent ist¹⁶⁾, indifferent aber nicht deshalb, weil das Vorhergehenmüssen einer Mahnung von Seiten des Gläubigers sich von selbst verstünde¹⁷⁾, sondern deswegen vielmehr, weil der Schuldner auch ohne Hinzufügung jener Worte, der *admonitio*, die Fälligkeit der Leistung vorausgesetzt, keinen Aufschub beanspruchen kann.

Der besprochene Zusatz nimmt Rücksicht auf die Umstände, unter welchen im Verkehre gewöhnlich Zahlungen erfolgen. Es ist ein sehr häufiger Fall bei Abschluss von obligatorischen Geschäften, dass der Gläubiger nicht vorhat, auf der Stelle Zahlung zu fordern¹⁸⁾, dass vielmehr stillschweigend Kredit gegeben wird und zwar auf unbestimmte Zeit.

Von einem solchen Falle redet unsere Stelle. Die Zahlung der stipulirten Zehn erwartet der Gläubiger nicht auf der Stelle; dagegen erklärt er, dass sobald er Befriedigung beanspruche, augenblickliche Zahlung bestimmt erwartet werde¹⁹⁾. Darin liegt die *admonitio*. Ueber den rechtlichen Einfluss dieser Clausel spricht Ulpian sich gar nicht aus. Es kam ihm nur auf die Wahrheit an, dass keine Bedingung vor-

16) Duarenus ad l. 48 cit.: haec verba, quibus quod tacite inest exprimitur —.

17) Es liegt also nicht eine sogenannte *iuris conditio* vor, sondern Ulpian verneint überhaupt die Existenz einer *conditio*; das *quum* ist reines temporale. Ganz ähnliche Clauseln in l. 135 pr. § 1 de V. O. l. 63 de fideiussor.

18) l. 105 de solution. So hat auch bekanntlich das „*confestim*“ in § 2 Inst. de V. O. und andern Stellen keineswegs den Sinn, dass der Schuldner nun gerade im Momente der zu Stande gekommenen Stipulation zahlen solle. Glosse *Confestim ad h. l.* (mit Anschluss an l. 105 cit.) non est sic prave intelligendum verbum *confestim*, ut veniat statim cum sacco paratus.

19) Retes ad l. 48 in der Praelectio ad tit. de V. O. bei Meermann, Thes. VII p. 432, verweist zur Erläuterung der Stelle auf „in praxi instrumenta aut syngraphae de pagar a su voluntad, cada y quando.“ Ein dem vorliegenden sehr ähnlicher Fall findet sich in l. 118 § 1 de V. O. von Papinian.

liegt, dass also, wenn der Gläubiger stirbt, ohne eingefordert zu haben, auch keine Bedingung deficirt ²⁰⁾. Weiteres aus der Stelle herauszupressen, ist man nicht berechtigt.

3) Eine mora solvendi sei nach l. 5 de R. C. erst dann vorhanden,

si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

Wenn nun, meint v. V., sogleich mit der Entstehung der Obligation eine sofortige Zahlungspflicht des Schuldners begründet wäre, so brauchte es keiner Aufforderung von Seiten des Gläubigers, indem schon in dem Zustandekommen der Obligation eine iusta causa zu finden wäre. Da aber nun Interpellation zum Eintritte der mora anerkannter Weise gefordert wird, so könne eben deswegen nicht schon von vorn herein mit der Entstehung der Obligation eine sofortige Zahlungspflicht gegeben sein.

Allein zunächst ist es sehr zweifelhaft, ob Pomponius in der l. 5 cit. unter iusta causa die Interpellation versteht ²¹⁾; die Worte te dare oportere sind natürlicher auf das Bestehn einer Obligation zu beziehn. Ferner beruht aber die ganze Argumentation auf einer Identificirung der mora solvendi mit der Thatsache, dass Jemand das, was er zu leisten schuldig ist, nicht sofort leistet; auf einer Verwechselung derjenigen Rechtsverletzung, welche in jeder Nichterfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit liegt, mit der die mora begründenden, subjectives Verschulden des Verpflichteten voraussetzenden Rechtsverletzung. Gerade v. Vangerow ²²⁾ ist ja der Ansicht, dass zur mora solvendi culpa des Säumigen gefordert werde. Er unterscheidet ausdrücklich zwischen einer blossen nicht rechtzeitigen ²³⁾ Erfüllung (objective mora nach Wolff)

20) Die hier vertheidigte Auffassung der Stelle findet auch Unterstützung durch den Zusammenhang, in welchem muthmasslich der Ausspruch Ulpians im 26. Buche seines Edicts-Commentars vorkam. S. hierüber Cuiac, Comment. ad tit. de V. O. l. 48.

21) S. Mommsen, Beiträge zum Ohl. R. III S. 36 Anm. 2.

22) Leitfaden III § 588 Anm. 1.

23) Von einer nicht rechtzeitigen Erfüllung kann ja nach v. V.

und der eigentlichen (subjectiven nach W.) mora, deren charakteristisches Kennzeichen eben die culpa sein soll.

Die Folgen der mora treten erst ein, wenn der Gläubiger trotz geschehener Einforderung nicht leistet. In so fern ist denn auch der Satz richtig, dass der Schuldner nicht unaufgefordert zu erfüllen brauche. Rechtlichen Nachtheil zieht er sich durch Unterlassung der nicht ausdrücklich beanspruchten Leistung nicht zu. Allein daraus folgt keineswegs, dass nicht schon in der Unterlassung sofortiger Erfüllung, nachdem seine Verpflichtung als eine praesens obligatio zur Entstehung gelangt ist, eine Rechtsverletzung läge. Verzug ist vielmehr eben eine besonders qualificirte und mit besonderen Wirkungen versehene Unterlassung rechtzeitiger Erfüllung²⁴⁾. Das Erforderniss der Einmahnung bezieht sich auf das Vorhandensein dieser Qualification, und es ist daher nicht richtig, aus jenem Requisite zu folgern, der Schuldner sei nicht von vorn herein auch ohne Erinnerung des Gläubigers zur Zahlung verpflichtet²⁵⁾.

Dass vielmehr sofort mit der Entstehung der Obligation eine Verbindlichkeit des Schuldners zu zahlen im römischen

vor der Mahnung gar nicht die Rede sein, mit andern Worten die objective und subjective mora wird nach ihm immer in demselben Momente begründet. Wenn nun derselbe Schriftsteller unter die Wirkungen der objectiven mora die Möglichkeit zu klagen stellt a. a. O., so wären in der That alle verklagten Schuldner in mora.

24) Savigny a. a. O. S. 285, Kierulff S. 197 f.

25) Wenn auch Mommsen a. a. O. S. 35 die Verzögerung der Leistung erst vom Zeitpunkte der Interpellation an den Charakter einer Rechtsverletzung annehmen lässt, so versteht er eben unter der letzteren etwas anderes, als einfache Nichterfüllung dessen, was man zu leisten schuldig ist; keineswegs liegt darin die Behauptung, der Schuldner sei vor der Einmahnung nicht Zahlung zu leisten verpflichtet. Auch die von v. V. Archiv a. a. O. S. 302 Anm. 25 citirten Schriftsteller, v. Schröter, Ztschr. f. CR. u. Pr. VI S. 133 f., Wolff, zur Lehre von der Mora S. 331 ff., s. auch Madai, die Lehre von der Mora S. 136, legen den Satz, dass in der Regel der Schuldner nie unaufgefordert zu erfüllen brauche, ihrer Erörterung über die Regel dies interpellat pro homine zu Grunde, und für diese Ausführung ist derselbe brauchbar. In der Anwendung dagegen, welche ihm für das Dogma von der actio nata zu geben versucht wird, ist er vollkommen unbegründet.

Rechte angenommen wird, ohne dass es einer Aufforderung des Gläubigers bedarf, ergibt sich aus der in einigen Fällen anerkannten Verpflichtung des Säumigen Zinsen zu zahlen, ohne dass mora vorliegt; wie beim Kaufe nach geschehener Tradition und bei Forderungen der Minderjährigen oder des Fiscus. Erscheinen die betreffenden Bestimmungen auch als Singularitäten, in den letzten beiden Fällen als Privilegien, im ersten als durch die *ratio perceptorum fructuum* geboten, so wäre eine Zinspflicht ohne Zahlungsverbindlichkeit doch in der That eine mehr als abnorme Erscheinung.

4) Sehr viel Gewicht legt endlich v. Vangerow auf den Ausspruch Marcians in l. 53 pr. de fidecomm. libertat.

Si quis rogatus ancillam manumittere, moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est, huiusmodi partum liberum nasci, et quidem ingenuum; sed sunt constitutiones, quibus cavetur, statim, ex quo libertas deberi coeperit, ingenuum nasci; et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat.

In dieser Stelle soll ausgesprochen sein, dass im Falle einer libertas fidecommissoria nur darum, weil die Freiheit nicht eine res privata ist, der Schuldner unaufgefordert leisten muss; und darin soll wiederum die Anerkennung des Satzes liegen, dass in der Regel der Schuldner nicht zu einem ultro offerre verpflichtet sei.

Die angebliche Beweiskraft der Stelle beseitigt sich indessen schon durch das unter 3) Gesagte. Auch das pr. der l. 53 cit. redet von einem Falle wirklicher mora ²⁶⁾. Zu Gunsten der libertas fidecommissoria ist bestimmt, dass, was die Frage nach Freiheit und Ingenuität der vor der

26) Vgl. l. 26 § 1 de fidecomm. libert. S. auch v. Schröter a. a. O. S. 133. Madai a. a. O. § 27. Mommsen schränkt diese mora ex re ein, indem er ihr nur Wirkung in Bezug auf die Statusfrage der in der Zwischenzeit gebornen Kinder zuschreibt, keine vermögensrechtlichen. a. a. O. S. 130 ff.

wirklichen Freilassung gebornen Kinder des Bedachten anlangt, eine mora des zur Manumission Verpflichteten ohne Interpellation angenommen werden soll. Daraus folgt, woran Niemand zweifelt, dass in der Regel zur mora Interpellation gehört, aber nicht, dass der Schuldner erst zu leisten verbindlich sei, nachdem der Gläubiger Befriedigung verlangt hat.

Nach allem dem ist die Richtigkeit des Savignyschen Verletzungsbegriffs durch v. Vangerows Ausführungen nicht berührt worden. Letzterer hat nicht vermocht nachzuweisen, dass es bei den meisten Klagrechten an einer stattgefundenen Rechtsverletzung fehle. Ich will nun versuchen darzulegen, wie Savignys Begriffsbestimmung, wenn man noch einen in ihr enthaltenen fremdartigen Bestandtheil ausscheidet, zugleich die einzig richtige und eine brauchbare Grundlage für die Entscheidung der Detailfragen aus dem Dogma von der *actio nata* ist. —

§ 6.

Fortsetzung. Die Verletzung.

Der Anfangspunkt der Verjährung, welcher in das Dasein einer Rechtsverletzung zu setzen ist, hat nach v. S. ¹⁾ eine völlig objective Natur. Es kommt also nichts darauf an, ob der Klagberechtigte von der Klage weiss, die ihm zusteht oder nicht; ferner nicht darauf, dass der Schuldner zur Erfüllung aufgefordert sei und dieselbe verweigert habe. Ueberhaupt ist ganz gleichgültig das Dasein der besonderen Bedingungen, an welche die Annahme der mora geknüpft ist. Das Princip ist wie für die Verjährung dinglicher so auch für die Verjährung persönlicher Klagen: die Verjährung fängt an, wenn die Erfüllung der Obligation unterbleibt ohne den Willen des Berechtigten, das heisst gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung ²⁾.

1) S. 281 ff.

2) S. 285.

Auch in dieser Regel erscheint, wie ich glaube, der Begriff der Verletzung, um es mit einem Worte zu sagen, noch nicht objectiv genug gefasst. Auf den Willen des Berechtigten, auf seine Erwartung soll es gestellt sein, ob in der Nichterfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit eine Rechtsverletzung liege; darauf also, ob der Berechtigte den Willen hat, ob er Befriedigung erwartet. Dies ist nun dem Bestehn der gegenwärtigen Verbindlichkeit gegenüber eine rein subjective, rein zufällige Thatsache. Unmittelbar gegeben mit dem Bestande des obligatorischen Rechtsverhältnisses ist nur, dass die geschuldete Leistung vom Schuldner dem Gläubiger nach der Norm des objectiven Rechts gewährt werden soll; dass der Gläubiger nach dieser Norm den auf Befriedigung gerichteten Willen als einen wirksamen, den Schuldner zwingenden haben kann, die Erfüllung zu erwarten das Recht hat. Darin, dass über den Zeitpunkt, an welchem dieses Recht existent wird, hinaus die Leistung ausgelassen wird, liegt die objective Thatsache einer Verletzung der obligatorischen Verbindlichkeit.

Denn die Obligation ist die Herrschaft über einen in einem fremden Vermögen befindlichen Sachwerth. Die factische Bethätigung dieser ideellen Macht besteht darin, dass der Sachwerth in das Vermögen des Gläubigers gebracht wird. Gegenwärtig ist ein Forderungsrecht, wenn es auf sofortige Verwirklichung gerichtet ist. Sobald also ein Schuldverhältniss als ein gegenwärtiges, wirksames begründet ist, und der geschuldete Vermögenswerth nicht an den Gläubiger gelangt, ist er mit Unrecht im Vermögen des Schuldners; das Recht verwirklicht sich nicht practisch, es ist verletzt. Denn wie bei dinglichen Rechten, besteht auch bei obligatorischen die Verletzung darin, dass die, sei es vom Privatwillen, in so weit er mit dem allgemeinen Rechtswillen sich deckt, oder unmittelbar vom letzteren gezogenen ideellen Grenzen, die Kreislinien, welche die Person als ihren Mittelpunkt umgeben, innerhalb welcher sie herrschen soll nach allgemeinem Rechtsfrieden, — dass diese Grenzen factisch nicht anerkannt, durch ungebührliche Erweiterung der benachbarten Rechtskreise verrückt werden. Nur insofern diese Grenzen durch den Privat-

willen errichtet werden, kommt derselbe für die Frage nach der Existenz einer Rechtsverletzung in Betracht. Sind die Kreise einmal gezogen, so braucht der Wille des Gläubigers, befriedigt zu werden, nun nicht jeden Augenblick vorhanden zu sein. Die Norm ist im Vertrage gegeben; es hat der auf Erfüllung gerichtete Wille sich verkörpert zu einer den Schuldner bindenden *lex privata*. Sobald er nicht leistet, bricht er das Gesetz, übertritt die Norm, verletzt das Recht der Obligation. Das gilt natürlich nur dann, wenn der im Vertrage verkörperte Wille des Gläubigers zu erhalten und der des Schuldners zu leisten auf die Gegenwart gerichtet war. *Conditio* und dies, durch welche die Existenz der Obligation ins Ungewisse gestellt, bezüglich die Erfüllung in die Zukunft hinausgerückt wird, sind nichts anderes als Ausflüsse des zur Verkehrsnorm gewordenen rechtsgründenden Willens. Sie machen aus einem gegenwärtigen ein zukünftiges, aus einem klagbaren ein zunächst noch unwirksames Recht. Ebenso kann auch nachträglich aus einem wirksamen, klagbaren ein erst in Zukunft wirksames Recht gemacht werden durch eine neue *lex privata*, ein *pactum de non petendo*. So ist dem Willen der Parteien das reichste Feld gegeben, auf das Rechtsverhältniss gestaltend einzuwirken; in so fern hängt es von ihm ab, ob die Nichtleistung als Rechtsverletzung erscheint oder nicht.

Etwas ganz anderes ist es, ob der Gläubiger es für zweckmässig oder sonst durch die Umstände geboten hält, das zu Leistende noch im Vermögen des Schuldners zu lassen, ob er auf Befriedigung dringt oder nicht, ja ob er sogleich bei Eingehung der Obligation die Absicht hatte, seinen Anspruch zunächst ruhen zu lassen. Das hat für die Frage, ob die Verpflichtung des Schuldners eine gegenwärtige oder zukünftige sei, gerade so wenig Gewicht, als es für den Bestand der Obligation von Einfluss wäre, wenn sich der Gläubiger bei Entstehung des Forderungsrechts im Stillen vorgenommen hätte, dieselbe erst nach Eintritt eines noch ungewissen Umstands geltend zu machen, z. B. wenn er in Geldnoth gerieth. So wenig als im letzten Falle eine Verletzung erst möglich ist, wenn der Umstand eintritt, so wenig kann man sagen,

dass durch die Absicht des Gläubigers, Erfüllung nicht sogleich zu verlangen, der Nichtleistung aus einer gegenwärtigen, klagbaren Obligation ihre Qualität als Rechtsverletzung entzogen werde; man müsste denn die ganz subjective für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses ganz zufällige Thatsache, dass der Gläubiger noch mit der Einforderung wartet, auch wohl gleich bei der Entstehung seines Anspruchs diesen Willen hatte, verwechseln mit demjenigen Willen, welcher für den Schuldner bindende Norm geworden ist. Darin nun, dass v. Savigny auf das Vorhandensein jenes für das Rechtsverhältniss ganz zufälligen, nicht auf das Vorliegen des mit dem Bestehen der Obligation als einer gegenwärtigen, klagbaren gegebenen Willens des Gläubigers es stellt, ob in der Nichtleistung eine Rechtsverletzung liege oder nicht, erblicke ich das subjective, auszuscheidende Element seines Verletzungsbegriffs.

Zwar erkennt auch v. S. die Irrelevanz der das Rechtsverhältniss nicht gestaltend ergreifenden Intention des Gläubigers für gewisse Forderungsrechte an, indem er dieselbe als Connivenz bezeichnet, die der Natur des Rechtsverhältnisses völlig fremd ist; so für die Forderungen der Kaufleute und Handwerker, welche eine Rechnung übergeben ³⁾. Anders soll es aber sein beim Darlehn, bei welchem der Schuldner das Geld hat und behält nicht aus Connivenz des Gläubigers, sondern nach dem wesentlichen Inhalte des Vertrags selbst. Allein nur dann unterbleibt die sofortige Leistung nach dem wesentlichen Inhalte des Vertrags, wenn nicht eine gegenwärtige, sondern eine betagte Obligation durch Vertrag eingegangen ist, mag nun der dies ausdrücklich oder stillschweigend hinzugefügt worden sein. Nur zweierlei ist möglich: entweder man betrachtet die Obligation aus jedem Darlehn, auch aus dem nicht ausdrücklich betagten, als eine betagte, die Erfüllung als auf den dies incertus der Kündigung gestellt. Dann ist Verletzung gewiss erst veniente die, also nach geschehener Kündigung möglich; oder man giebt die Existenz

3) Syst. V S. 293.

einer praesens obligatio vom Momente der Hingabe des Ge-
liehenen zu; dann kann man die Behauptung, dass eine Rechts-
verletzung erst nach geschehener Rückforderung in der Nicht-
leistung gefunden werden könne, nicht anders begründen,
als durch die besprochene Betonung der Intention des Gläu-
bigers. Dann findet aber auch alles dagegen Gesagte voll-
ständige Anwendung ⁴⁾.

Während nun v. S. vom letztern Gesichtspunkte aus die
Frage, wann die Klage aus einem unbetagten unverzinslichen
Darlehn und einigen gleichartigen Verhältnissen nata sei, be-
antwortet, geht Kierulff bei seiner zum gleichen Resultate
führenden Argumentation von der ersteren Anschauung aus.
Auch Kierulff charakterisirt die zum Begriffe der actio nata
erforderliche Rechtsverletzung als eine ganz objective, stellt
es als etwas ganz gleichgültiges hin, ob dem Schuldner das
Unterlassen der Leistung als Verschulden angerechnet werden
kann, oder nicht ⁵⁾. Und doch sollen auch nach ihm die Mo-
mente, in dem die Forderung fällig wird (dies venit), und in
welchem die actio nata ist, auseinanderfallen können, wofür
gerade eine unbedingte und unbetagte Schuld als Beispiel an-
gegeben wird. Dann sei die actio aus einem Forderungsrechte
nata, wenn irgend eine Thatsache vorliege, welche den Wider-
spruch des Obligirten gegen das Recht manifestirt, wozu es
aber schon ausreiche, wenn in dem Momente, wo nach der
Natur des Obligationsverhältnisses oder nach einer besonderen
Verabredung die Leistung wirklich erwartet werden kann, nicht
geleistet und auch nicht die Bereitwilligkeit zur Leistung, also
die Anerkennung des Rechts erklärt worden ist.

4) Die Inconsequenz, welche darin liegt, das Rechtsverhältniss beim un-
betagten Darlehn anders zu behandeln als bei einer pure geschlossenen Sti-
pulation, ist von v. Vangerow, Arch. f. civ. Prax. XXXIII S. 303, treffend
hervorgehoben, freilich gerade zu dem Zwecke, nachzuweisen, dass zur actio
nata keine Rechtsverletzung erfordert werde. Nimmt man mit uns die Noth-
wendigkeit einer Rechtsverletzung an, so passt v. V.'s Argumentation voll-
kommen für die Thesis, dass, wie die Obligation aus einer pure geschlosse-
nen Stipulation sofort verletzt wird, sobald sie nicht sogleich erfüllt wird,
auch für ein unbetagtes Darlehn nichts anderes gelten kann. S. den folg. §.

5) S. 192 ff.

Hier ist, ob Nichtleistung eine Rechtsverletzung enthalte, darauf gestellt, ob die Leistung nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses erwartet werden kann. Das ist gewiss vollkommen richtig. Allein wie ist es nach diesem Principe möglich, dass der Moment, in welchem die Forderung fällig wird, und derjenige, in welchem *actio nata* ist, zeitlich auseinander fallen? Ueberall, wo nach der Natur des Rechtsverhältnisses die Leistung nicht sogleich mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses erwartet werden kann, ist eben die Forderung nicht sogleich fällig, besteht keine *praesens obligatio*, kein gegenwärtiges, klagbares Forderungsrecht. So in den von Kierulff in der Anm. ** (S. 193) angeführten Fällen, bei der *actio pignoratitia* und bei der Dotalklage. Ebenso aber auch nach Kierulffs Auffassung beim unbetagten unverzinslichen Darlehn. Hier ist es nach ihm der stillschweigende Wille der Contrahenten, dass die *Solutio* dann geschehn solle, wenn der Gläubiger seinen Willen, nunmehr befriedigt zu werden, speciell (durch Interpellation, Mahnung) geäußert haben werde. Ist dies richtig, so haben wir eben in dem, was man unbetagtes Darlehn nennt, nichts anderes als ein mit dies *incertus* versehenes Forderungsrecht vor uns. Dann kann vor der Mahnung von einem gegenwärtigen klagbaren Forderungsrechte, von Fälligkeit (*dies venit*) gar nicht die Rede sein.

Wäre also auch K.'s Ansicht über die *actio nata* aus einem unbetagten unverzinslichen Darlehn richtig, was im nächsten § durch näheres Eingehn auf die Natur eines solchen Rechtsverhältnisses untersucht werden soll, so wäre doch die Theorie von einem zeitlichen Auseinanderfallen des *dies veniens* und der *actio nata* nicht durch sie zu stützen.

Es muss vielmehr behauptet werden, dass der Verletzungsbegriff beider Schriftsteller, wären auch die Einzelentscheidungen die richtigen, nicht vollkommen klar und consequent ist.

Versuchen wir nur den Begriff der *actio nata* aus Forderungsrechten nach allem dem, was bei der bisherigen Besprechung hervorgetreten, zu formuliren.

- I. Zur Entstehung des Klagrechts aus Forderungsrechten gehört nicht, wie zu der einer dinglichen Klage,

eine geschehene Rechtsverletzung, sondern sobald die Obligation existirt, besteht auch die Klage. (§ 3. 4.)

II. Von silentium, wie es die juristische causa der Klagverjährung ist, kann immer erst nach stattgefundener Rechtsverletzung die Rede sein. Zum Beginne der Klagverjährung gehört daher eine geschehene Rechtsverletzung. (§ 5.)

III. Die Natur dieser Rechtsverletzung ist aber eine ganz objective. Die Verletzung ist gegeben, sobald die durch das Bestehn eines jeden Forderungsrechts gezogene Rechtsgrenze verrückt wird; und dies geschieht, sobald eine fällige Leistung ausbleibt, ganz ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers, sobald derselbe sich nicht in einer das Rechtsverhältniss gestaltenden Weise verkörpert, z. B. durch pactum de non petendo. (§ 6.)

Die Verjährung der Klage aus Forderungsrechten beginnt daher immer zu laufen, sobald ein gegenwärtiges klagbares Forderungsrecht besteht.

Deswegen ist es auch ganz passend und genau geredet, wenn die Constitutionen die Verjährung laufen lassen ex quo actio jure competit et semel nata est. Nasci heisst hier gar nichts anderes, als „entstehn, begründet werden.“ Es bedurfte, damit das Princip durchweg ausreichen sollte, blos noch der Bestimmung, dass eine der Obligation zugefügte Bedingung oder ein ihr gesetzter dies den Anfang der Verjährung ausschliessen sollte, welche denn auch nicht lange auf sich warten liess ⁶⁾. Wir gebrauchen heut zu Tage den Ausdruck actio nata so, dass die Eigenschaft des Klagrechts als eines „gegenwärtigen und klagbaren“ in den Begriff selbst mit aufgenommen ist. Abgesehn aber von diesem Zusatze zum Begriffe, der aus dem Wesen der Verjährung folgt, hat für uns der Ausdruck actio nascitur ganz dieselbe Bedeutung, in welcher er abwechselnd mit der Redeweise ⁷⁾ „obligatio nascitur“

6) S. § 1 S. 111.

7) Gaius III, 176. l. 17 pr. de pactis. l. 21 § 3 quod met. caus.

unzählige Male in den Quellen vorkommt und nichts anderes bezeichnet als: das Entstehen des Forderungsrechts und mit ihm der Forderungsklage.

§ 7.

Einzelne Anwendungen. Das unbetagte Darlehn und gleichartige Fälle.

Wie der Streit über den Zeitpunkt der *actio nata* nur die persönlichen, nicht die dinglichen Klagen betrifft, weshalb auch unsere allgemeineren Ausführungen nur auf erstere Klasse von Klagrechten gerichtet zu werden brauchten — so sind es wiederum auch von den persönlichen Klagen nur wenige, hinsichtlich welcher man für das practische Resultat uneinig ist. Für den bei weitem grössten Theil der obligatorischen Klagrechte fällt nämlich schon nach v. Savigny ¹⁾ die Verletzung mit der Entstehung der Obligation selbst zusammen oder wenigstens in den ersten Moment ihrer Existenz; die *actio* ist also *nata*, sobald die Obligatio als eine gegenwärtige klagbare begründet ist, ohne sogleich erfüllt zu werden, ein Resultat, zu welchem ebenso diejenigen gelangen, welche eine Rechtsverletzung zur Entstehung der Klage aus einem Forderungsrechte nicht für nothwendig halten.

Nur in gewissen Fällen sollen besondere Verwickelungen wahrzunehmen sein und in Folge derselben soll die Nothwendigkeit eintreten, die Regel: dass es für die persönlichen Klagen nicht darauf ankomme, dass der Schuldner zur Erfüllung aufgefordert sei und dieselbe verweigert habe, zu modificiren ²⁾. Dann nämlich, wenn das Rechtsverhältniss selbst zunächst auf einen dauernden Zustand führt, dessen Ende jedoch in der Willkür des Gläubigers steht, wie beim unverzinslichen Darlehn, Depositum, Commodat, Precarium.

Dass nun ein Rechtsverhältniss, welches seiner Natur nach auf einen dauernden Zustand führt, auf ein dauerndes

l. 13 in fin. commod. l. 26 § 2 deposit. l. 3 § 1. 2 und viele andere Stellen im Titel de O. et A. l. 7 de novation.

1) Syst. V S. 286.

2) a. a. O. S. 289.

Bleiben der geschuldeten Leistung im Vermögen des Schuldners, keine *praesens obligatio* ist, sondern eine betagte, ist im vorigen § hervorgehoben, und nachgewiesen, dass man zu einem Beginne der Verjährung erst nach geschehener Zurückforderung nur gelangen kann, wenn man die Existenz einer gegenwärtigen, klagbaren Obligation vor der Zurückforderung läugnet, ein Weg, der ja auch von Kierulff eingeschlagen worden ist ³⁾.

Es ist daher nunmehr die Natur der hier einschlagenden Rechtsverhältnisse genauer zu untersuchen. Anknüpfen lässt sich an die Ausführung v. Vangerows ⁴⁾, dass zwischen dem unbetagten Darlehn und einer *stipulatio praesens* in Bezug auf den Beginn der Verjährung kein Unterschied vorliege, dass das von v. S. betonte „mit dem Willen des Gläubigers haben“ etwas rein factisches sei, welches eben so gut in andern Rechtsverhältnissen, z. B. bei einer *Stipulation*, eintreten könne und im Leben unverkennbar häufig eintrete. Obwohl dieser Gedanke geeignet ist, auf das richtige zu führen, so will es doch scheinen, als bedürfe es hier eines weiteren Eingehens.

Während nämlich zum Abschlusse eines Real-Contracts die Willensübereinstimmung darauf gerichtet sein muss, dass das Empfangene zurückgegeben werde, dass es also im Vermögenskreise des Empfängers, sei es nun fester, wie beim Darlehn, oder lockerer, wie beim *Commodat*, *Depositum*, *Pignus*,

3) Anders wenigstens lässt sich die betreffende Bemerkung desselben in Anm. ** S. 194 kaum auffassen: „In vielen Fällen ist es der stillschweigende Wille der Contrahenten, dass die *Solution* dann geschehen solle, wenn der Gläubiger seinen Willen, nunmehr befriedigt zu werden, speciell (durch *Interpellation*, *Mahnung*) geäußert haben werde (so bei dem simplen unbedingten und unbetagten Darlehn). Hier ist die Pflicht zur Leistung schon früher vorhanden; aber nach dem selbstverständlichen Sinne des Contracts erwartet der Gläubiger die wirkliche Leistung nicht, bevor er seinem Schuldner den Zahlungsmoment speciell bezeichnet hat.“ Wie freilich gesagt werden kann, wenn nach dem stillschweigenden Willen der Contrahenten erst nach geschehener *Mahnung* gezahlt werden soll, sei die Pflicht zur Leistung schon früher vorhanden — ist mir unverständlich; wir haben vielmehr nichts anderes als einen stillschweigend beigefügten dies *incertus* vor uns, also keine gegenwärtige klagbare Obligation. —

4) § 6 Anm. 4.

Precarium — einen Zeitraum hindurch, und wäre es nur einen einzigen Moment — beschlossen sein solle, so kann bei der Stipulation und bei allen übrigen obligatorischen Verbindlichkeiten davon keine Rede sein. Auch bei ihnen kann der Gläubiger die geschuldete Sache einige, vielleicht längere Zeit in der Hand des Schuldners lassen wollen, aber er kann es nur, der Gläubiger aus Real-Contracten muss es wollen, sonst gelangen die betreffenden Rechtsverhältnisse gar nicht zur Existenz. Wie es zum Begriffe des Depositum gehört, dass etwas ad custodiendum, ad servandum gegeben werde ⁵⁾, wie das pignori dare ein Hingeben einer Sache ist, damit sie dem Gläubiger als Sicherungsmittel hafte, weshalb zum Begriffe des pignus ein ad creditorem transire verlangt wird ⁶⁾, wie ferner das Commodat im utendum dare besteht ⁷⁾, das Precarium im utendum concedere ⁸⁾, und wie alle diese Rechtsverhältnisse sich ohne eine gewisse Zeitdauer nicht denken lassen, so ist auch für den Begriff des Mutuum eben jenes uti das Charakteristische; auf ein uti der hingegebenen fungiblen Sachen von Seiten des Empfängers ist der Wille der Contrahenten gerichtet ⁹⁾. So kann der Begriff credere in derjenigen Bedeutung, in welcher er weder den ganz allgemeinen Umfang des „actionem aliquam habere“, noch den ganz speciellen eines mutuum dare hat, sondern eben die oben aufgezählten Geschäfte umfasst, von Ulpian ganz passend so gegeben werden ¹⁰⁾:

Nam cuicunque rei adsentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi ¹¹⁾ quid ex hoc contractu, credere dicimur.

Mag auch das „mox“ nur einen ideellen Zeitraum umfassen, haben muss der Empfänger die Sache doch einmal und auch

5) l. 1 pr. § 8 u. v. a. Stellen deposit.

6) l. 9 § 2 de pignor. action.

7) l. 1 § 1 l. 10 pr. commod. l. 1 § 4 de O. et A. Utendum dare ist bei Plautus die gewöhnliche Bezeichnung des Leihgeschäfts Rudens III, 1, 10. Asin. II 4, 18. 38. Curcul. V, 2, 5.

8) l. 1 pr. 8 de precar.

9) l. 9 § 9 l. 10 de R. C.

10) l. 1 de R. C.

11) postea recepturi l. 1 § 2 de O. et A.

gebrauchen können, sonst ist von keinem Darlehn die Rede. Es muss einen Moment geben, in welchem dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten gemäss die Sache im Vermögenskreise des Empfängers haftet, sonst giebt es kein dare, kein *mox recipere*. Ganz anders bei den übrigen obligatorischen Rechtsverhältnissen, z. B. bei der Obligation aus einem Kaufgeschäfte. Sobald hier das Geschäft perfect geworden, so kann ohne bindende weitere Willensäusserung der Parteien weder von einem Zeitpunkte, noch von einer Zeitdauer die Rede sein, welche hindurch das Bleiben der geschuldeten Leistung beim Schuldner als der rechtlichen Natur des Geschäfts gemäss erschiene. Da dies nun aber gerade beim *mutuum* und den ihm gleichartigen Rechtsverhältnissen der Fall war, da sie ohne ein als rechtliche Folge des Geschäfts erscheinendes, also berechtigtes Haften der *res* beim Empfänger gar nicht gedacht werden können, so scheint denn doch der Unterschied zwischen ihnen und den übrigen Forderungsrechten auch für unsere Betrachtung, etwas mehr als, wie v. Vangerow meint, ein rein factischer zu sein.

Obwohl aber eine juristische Gleichheit beider Fälle nicht vorliegt, so ist doch v. Vangerows Einwand gegen die Meinung Savignys kein unbegründeter. Es entsteht nämlich die Frage, ob jene Ungleichheit eine verschiedene Beantwortung unserer Verjährungsfrage begründen kann, was verneint werden muss. Jenes Sein beim Schuldner, welches beim Darlehnsgeschäfte gewollt werden muss, kann nicht ohne eine Zeitdauer, die es ausfüllt, gedacht werden. Diese Function jedoch, durch das haben des Darlehnsempfängers ausgefüllt zu werden, zu verrichten, dazu gehört nicht mehr als ein Moment, das kleinste Zeittheilchen ist im Stande, jenes „*mox*“ Ulpian's zu decken. Wohl muss der Wille der Contrahenten darauf gehn, dass die hingegebene Sache in die Gewalt des Empfängers kommt, also auch, dass sie einmal darin ist, aber nicht darauf, dass sie darin bleibt. Sobald daher der Empfänger das Geld oder die Sache hat, ist der zur Existenz des intendirten Rechtsgeschäfts erforderliche Wille realisirt, und es ist nicht der geringste Grund vorhanden, ohne weiteres einen darüber hinausgehenden Willen anzunehmen. Ist

der Gläubiger nicht durch ein entgegenstehendes von dem Vertragswillen gesetztes Recht des Schuldners gebunden, so steht, wenn er sein Geld dem Empfänger längere Zeit lässt, dies eben so wenig mit der rechtlichen Natur des Darlehns in Verbindung, als mit dem Kaufgeschäfte die Geduld, welche oft Kaufleute mit ihren Kunden haben. Dagegen könnte man einwenden, dass, so lange der Darlehnsgläubiger sein Geld nicht zurückfordert, nicht angenommen werden könne, er habe seinen Willen, dass der Schuldner jenes haben solle, geändert. Allein es kommt, wie wir im vorigen § gesehen, für die Frage, wann *actio nata* sei, nur auf denjenigen Willen an, welcher durch das Rechtsgeschäft zur bindenden Norm wird, und dieser hat beim unbetagten Darlehn nur zum Inhalte, dass der Schuldner durch den Empfang des *mutuum* zur Rückgabe vom Momente der Hingabe an verpflichtet werde. Der vorhandene oder fehlende Wille des Gläubigers, dass der Schuldner wirklich leiste, ist für die Existenz der Rechtsverletzung und somit für den Beginn der Klagverjährung vollkommen gleichgültig, und daher ist auch hier *actio nata*, sobald durch Hingabe des Geldes der unbetagte Darlehns-Contract perfect geworden ist.

Der entgegengesetzten Meinung, dass die Verjährung der Klage aus einem unbetagten Darlehn erst nach geschehener Zurückforderung laufen könne, liegt vielleicht eine Vermischung der Function, als deren Trägerin im Verkehrsleben die Darlehnsobligation erscheint, mit ihrer juristischen Construction zu Grunde. Der juristische Inhalt des Darlehnsgeschäfts ist lediglich Hingabe einer Quantität fungibler Sachen gegen die vom Schuldner übernommene Verpflichtung dieselbe Quantität derselben Sachen zurückzugeben. Weiter gehört nichts zum rechtlichen Wesen des Geschäfts. Vermöge dieses einfachen Mechanismus wird das Resultat erreicht, dass diejenige Sache, welche neben der Arbeitskraft das beste Mittel des Erwerbs, die unentbehrlichste Grundbedingung alles menschlichen Schaffens ist, das Kapital, ohne im letzten Erfolge seinen Herrn zu wechseln, dem der seiner bedarf, dienstbar wird, so lange das Bedürfniss dauert, um dann zurückzukehren, woher es gekommen. Dasjenige Verkehrsbedürfniss, für welches das

Darlehnsgeschäft bestimmt ist, ist in den bei weitem häufigsten Fällen dauernde Benutzung einer Quantität fremder Sachen. Und diesem Bedürfnisse zu genügen ist denn unser Geschäft in seiner einfachen Construction vollkommen im Stande. Einmal nämlich kann die Lage des Empfängers dadurch sicher gestellt werden, dass die Verpflichtung zur Rückgabe über einen bestimmten Zeitraum hinausgeschoben wird durch Hinzufügung eines dies zum Geschäft; in diesem Falle erhält jener einfache Rechtskörper noch eine Erweiterung, den dies. Aber auch ohne diesen Zusatz wird gewöhnlich das Darlehns-
geschäft seine Function erfüllen. Ausser dem Bedürfen des Nehmers kommt nämlich gewöhnlich auch ein Interesse des Gebers ins Spiel, beim verzinslichen Darlehn, so dass die Absicht beider Parteien immer auf eine längere Dauer des Verhältnisses gehen, und unter gewöhnlichen Verhältnissen der Schuldner gegen eine die Befriedigung seines Bedürfnisses ausschliessende Rückforderung sicher sein wird. Durch das beiderseitige Interesse also wird dem Rechtsverhältnisse die Dauer gesichert, welche sonst durch eine integrirende Bestimmung des Vertragswillens gesetzt sein müsste.

An die Stelle des dies oder des besprochenen Interesses kann aber auch noch etwas anderes treten, das Ermessen, der gute Wille des Gläubigers. In diesem Falle, beim unbetagten unverzinslichen Darlehn, wird, wie im vorigen, die Dauer des Verhältnisses nicht durch den Vertragswillen gesichert, sondern nur mit mehr oder weniger Gewissheit in Aussicht gestellt durch die Natur der vorliegenden factischen Umstände. Gerade wer ein unbetagtes unverzinsliches Darlehn erhält, wird Grund haben zu hoffen, dass der Geber es nicht den Tag darauf zurückfordert, da ein derartiges Verfahren unter normalen Umständen etwas recht exorbitantes hätte.

So erfüllt der Darlehns-Contract seine Aufgabe für den Rechtsverkehr im vollkommensten Masse. Wer sich mit der in den Umständen, im Vortheile oder der günstigen Gesinnung des Darleihers liegenden Garantie nicht begnügen will, dem steht es frei, sich durch dies oder pactum de non petendo zu sichern. Vollkommen ungerechtfertigt ist es, den Verkehrszweck des Darlehnsgeschäftes, die zu vermuthende Intention

des Gebers und Empfängers in den rechtlichen Inhalt des Geschäfts aufzunehmen, von einer durch die juristische Natur desselben gegebenen Dauer zu reden und dann aus dieser Dauer heraus deduciren zu wollen, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien die Solution erst nach geschehener Zurückforderung erfolgen solle. Und nur auf diesem Wege wäre ja zum Eintritte der actio nata erst nach geschehener Mahnung zu gelangen. Es ist vielmehr das unbetagte Darlehn eine reine praesens obligatio; sobald sie entstanden und der in ihr liegenden Norm nicht gemäss gehandelt wird, beginnt die Klagverjährung zu laufen. Diese Norm wird aber ausgedrückt durch den nackten Satz: der Empfänger ist verpflichtet, das erhaltene Geld zurückzugeben. Dass sofort nach geschehener Hingabe des Geldes diese Verbindlichkeit entstehe, ist beim einfachen unbetagten Darlehn der Wille der Contrahenten. Ein auf weiteres gehender Wille, sobald er nicht als Vertragsbestimmung, dies, oder in einem nachfolgenden Rechtsgeschäfte, pactum de non petendo zur bindenden Norm erhoben wird, ist für unsere Frage ganz irrelevant.

Einen andern Grund der Gegner, den nämlich, dass der Anfang der Klagverjährung Nachlässigkeit voraussetze, diese aber nicht vorliege, wenn der Darlehnsgläubiger nicht sogleich klage, weil er ja nach der Natur des Rechtsverhältnisses die Rückgabe vor geschehener Mahnung nicht zu erwarten habe (v. Savigny S. 292), können wir als theils im vorhergehenden, theils was den Begriff der Nachlässigkeit insbesondere betrifft, von v. Vangerow (Archiv a. a. O. S. 304) widerlegt, übergehen, und wenden uns zu einer Bestimmung der Rechtsquellen, welche richtig verstanden eine ganz directe Bestätigung der Ansicht enthält, dass beim unbetagten Darlehn die Klagverjährung gleich mit der Hingabe des Geldes zu laufen beginnt. Es ist dies die vielbesprochene c. 8 § 4 de praescript. XXX ann.

Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Zunächst ist mit Thon und v. Savigny für gewiss zu halten, dass sich die Stelle nicht auf die Verjährung der blossen Zinsklage, sondern auf die aus dem Darlehnsgefchäfte selbst bezieht ¹²⁾. Ueber den Sinn der Stelle selbst aber möchte ich die Ausführung des letzteren Schriftstellers kaum für richtig halten. Nach ihm soll die Verjährung der Hauptschuld anfangen mit dem Zeitpunkte, worin zuerst eine Zinszahlung ausgeblieben ist. Früher soll sie deswegen nicht anfangen, weil in jeder geleisteten Zinszahlung eine Anerkennung der Hauptschuld liegt, die bis zum nächsten Zinstermine fortwirkt; nicht später, weil in jeder unterlassenen Zinszahlung eine Verletzung des Rechtes liegt, wodurch der Gläubiger zur Klage veranlasst werden muss. Hier geht uns vor allem das „nicht früher“ an. Warum soll nämlich die in der geleisteten Zinszahlung liegende Anerkennung bis zum nächsten Zinstermine fortwirken? Darin, dass der Darlehnschuldner postnumerando ¹³⁾ Zinsen zahlt, liegt eine Anerkennung des Darlehnsverhältnisses, und jede Verjährung bis zum Momente der Zinszahlung ist dadurch ausgeschlossen; die etwa begonnene wäre durch Anerkennung unterbrochen worden. Allein wenn die Voraussetzungen des Beginnes sonst vorhanden waren, so bleiben sie es auch nach geschehener Zinszahlung; die Klage fängt im nächsten Momente wieder an zu verjähren. Wenn z. B. schon vor der Zinsentrichtung gekündigt war, um uns auf neutrales Gebiet zu begeben, so wird doch Niemand leicht behaupten, dass die in der Zinszahlung liegende Anerkennung bis zum nächsten Zinstermine fortwirke; vielmehr wird diese Anerkennung ganz dieselbe Wirkung haben wie jede andere, dass sie die bis zum Momente derselben eingetretene Verjährung unwirksam macht. Es lässt sich kaum ein Grund auffinden, aus welchem hier von einer fortwirkenden Unterbrechung geredet werden könnte. Ganz ebenso aber ist es, wenn man der Ansicht ist, dass die Klage aus einem unbetagten Darlehn

12) Thon a. a. O. S. 29 ff. Savigny a. a. O. S. 307 gegen Kierulff, S. 195.

13) In jeder praenumerando geleisteten und angenommenen Zinszahlung kann man ein pactum de non petendo finden.

vom Augenblicke der Hingabe zu verjähren beginne. Dann muss auch sofort nach geschehener Zinszahlung die *actio* wieder *nata* sein, die Verjährung von neuem laufen.

Spricht also § 4 nicht gegen die hier vertheidigte Ansicht für die der Gegner, dass erst nach geschehener Mahnung *actio nata* sei? Sie würde es gewiss thun, wenn das nach v. Sav. in ihr Enthaltene wirklich aus ihr zu entnehmen wäre. Allein die Stelle sagt nicht, die Darlehnsklage verjähre, sobald eine fällige Zinszahlung ausbleibt, sondern vielmehr von dem Momente an, seit welchem keine Zinsen gezahlt worden sind, also dem der letzten Zinszahlung. Das ist der klare Sinn der Worte: *ex quo debitor usuras minime persolvit*. Und zwar ist der Grund dieser Bestimmung, wie von allen Seiten zugegeben wird, die in der Zinszahlung liegende Anerkennung. Deswegen lässt sich die Stelle, welche man doch auf den Fall eines unbetagten verzinslichen Darlehns nicht mitzubeziehn keinen Grund hat, als schlagender Beweis für unsere Ansicht anführen, während die Gegner, um sie mit der ihrigen vereinbar zu machen, das „*ex quo debitor usuras minime persolvit*“, welches wir einfach übersetzen „seitdem keine Zinsen gezahlt wurden“, hinaufschrauben müssen zu einem „vom Zeitpunkte an, an welchem Zinsen hätten gezahlt werden müssen, aber nicht gezahlt worden sind.“ Ausserdem fällt für uns die nicht so unbedenkliche Frage ¹⁴⁾ hinweg, in wie weit Nichtzahlung der Zinsen als Verletzung der Verpflichtung zur Rückzahlung des Kapitals angesehen werden könne. Für uns ist die objective Rechtsverletzung von vorn herein vorhanden, seitdem der Schuldner durch unbetagten Realcontract verpflichtet war und doch die Leistung, sei es immer mit Billigung des Gläubigers, ausliess. Die Darlehnsklage würde daher ohne Zinszahlung in den nächsten dreissig Jahren nach der Hingabe verjähren, und durch jede Zinszahlung wird diese Verjährung nur in so weit unterbrochen, dass sie in demselben Momente wieder zu laufen beginnt. — Was nun schliesslich die gewöhnlich für den sofortigen Ein-

14) Savigny a. a. O. S. 306.

tritt der Verjährung nach Hingabe des Darlehns angeführte
l. 94 § 1 de solut:

Sin autem communes nummos credam, aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, so genügt die Bemerkung, dass es wohl am einfachsten ist, dieselbe im Sinne von Lenz ¹⁵⁾ und v. Vangerow ¹⁶⁾ zu verstehen, dass ich indessen einen stringenten Beweis auf sie nicht gründen möchte, auch den bisher Ausgeführten gegenüber es nicht für nothwendig halte, gerade viel Gewicht auf sie zu legen.

Ganz wie das unbetagte Darlehn sind aber auch die andern Fälle zu beurtheilen, in welchen das Rechtsverhältniss selbst zunächst auf einen dauernden Zustand führt, dessen Ende jedoch in der Willkür des Gläubigers steht. So zunächst beim depositum. Der Verkehrszweck dieses Geschäfts ist, sich die Aufbewahrung von Sachen zu sichern. Die Dauer, welche das dem Geschäfte folgende Rechtsverhältniss zu haben pflegt, kommt hier dem Gläubiger zu Gute, wie beim Darlehn principal dem Schuldner. Erreicht wird dieser Zweck deshalb nicht ganz durch dieselben Mittel. Während nämlich beim Darlehn der den Vortheil Gewährende jeden Augenblick zurückfordern kann, steht es dem Depositar nicht zu, durch willkürliche unzeitige Zurückgabe das Interesse des Gläubigers zu beeinträchtigen. Für den Deponenten ist die Dauer des Rechtsverhältnisses durch den Vertragswillen selbst gesichert, weil der Depositar die Aufbewahrung der Sache übernommen hat. Sehen wir aber von diesem Unterschiede beider Rechtsverhältnisse ab, so ist die Verpflichtung der Rückgabe der deponirten Sache juristisch ganz ebenso construirt, wie die des Darlehnsschuldners. Beide sind Schuldner aus einer praesens obligatio, und auf beide passt daher in ganz gleicher Weise das oben über den Begriff der Rechtsverletzung einer unbetagten Obligation Gesagte.

Und wir dürfen von jenem Unterschiede deswegen ab-
• stehen, weil die allerdings im Wesen des Aufbewahrungsver-

15) S. 240.

16) S. 310.

trags liegende Verbindlichkeit des Depositars, die Sache in seiner Obhut zu behalten, mit der Obligation auf Rückgabe der res nichts zu thun hat. Durch den Realcontract ist rechtliche Norm zwischen den Parteien geworden, dass die hingegebene Sache *mox, postea*, zurückgegeben werden soll. Der Deponent darf sofort zurückfordern; der Depositär ist zur sofortigen Rückgabe verpflichtet. Sobald über den Zeitpunkt hinaus, wo dieses Rechtsverhältniss beginnt, die Leistung nicht geschieht, ist die durch den Contract gezogene Rechtsgrenze verrückt, die *actio* entstanden. Dass, wenn der Gläubiger die Sache nicht zurücknehmen, sondern noch beim Schuldner lassen will, letzterer sie behalten und aufbewahren muss, ist für die Existenz jener Obligation, der Verletzung, die ja ein rein objectives Wesen hat, also auch für das Vorhandensein der *actio nata* ganz irrelevant. Es lässt sich ganz gut bei einem andern Verträge ein Nebenvertrag denken, nach welchem der Schuldner seine Leistung, falls der Gläubiger es vorzieht, in den Händen behalten muss, z. B. beim Kaufe. Wenn hier ausgemacht wird, der Verkäufer solle die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers noch bestimmte oder unbestimmte Zeit hindurch behalten, so wird man doch nicht behaupten können, es ändere sich deshalb das Mindeste hinsichtlich des Beginnes der Verjährung der *actio emti*. Nicht anders stellt es sich für das *depositum*, bei welchem die beregte Verpflichtung des Schuldners durch den wesentlichen Inhalt des Vertrags selbst mit gegeben ist.

Der Stelle gegenüber, welche für unsere Meinung angeführt zu werden pflegt l. 1 § 22 *deposit.*

Est autem et apud Julianum libr. XIII Digestorum scriptum, eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat —

befinden wir uns in derselben Lage, wie bei der l. 94 § 1 *cit.* Es scheint nämlich nach der gründlichen Auseinandersetzung v. Vangerows ¹⁷⁾ nicht wohl bezweifelt werden zu können,

17) a. a. O. S. 306 ff. S. auch Lenz a. a. O. S. 242.

dass das „repositi“ sich auf die actio depositi bezieht, nicht auf eine vorhergegangene aussergerichtliche Zurückforderung. Nichtsdestoweniger halte ich die Beweiskraft der Stelle für unsere Frage nicht gerade für sehr bedeutend. Der Jurist könnte immerhin eine vorhergegangene Einforderung als selbstverständlich voraussetzend argumentiren, wie er es thut; in jedem Falle lag es ja am nächsten, den in der Weigerung des Depositars auf erhobene Klage liegenden dolus zu betonen. Dass es ihm nicht auf Untersuchung der Frage ankommt, ob zur Begründung der actio depositi eine aussergerichtliche Einforderung der deponirten Sache erforderlich sei, geht aus dem von v. Vangerow hervorgehobenen Gange von Ulpian's Erörterung hervor. Er hält sich daran, dass in jedem Falle die verweigerte Rückgabe dem in der Klage liegenden repositi gegenüber sich als dolus qualificirt. Die Stelle beweist zwar nichts für die Meinung v. Savignys, aber meiner Ansicht nach auch nicht allzuviel für die entgegengesetzte.

Einen festeren Anhaltspunkt finden wir in den Quellen für den Beginn der Verjährung des interdictum de precario. Man braucht sich nicht darauf zu berufen, dass nach neuerem Rechte das Precarium nicht mehr eine Delicts-, sondern eine Vertragsklage erzeuge¹⁸⁾, um zum Beginne der Verjährung von der Hingabe an zu gelangen, sondern schon das interdictum de precario wird von den Juristen als durch das precario habere, welches vom Momente der Hingabe sich herschreibt, begründet angesehen¹⁹⁾. Dem ist es ganz angemessen, dass Ulpian die Perpetuität des Interdicts folgendermassen begründet l. 8 § 7 de precario²⁰⁾.

Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit: eoque iure utimur; cum enim nonnumquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum.

18) Wie Lenz a. a. O. S. 248.

19) S. die treffende Ausführung bei Thon S. 51 ff.

20) Die Stelle ist weder von v. Savigny, noch von den Gegnern benutzt worden. Auf sie aufmerksam macht Schmidt, Interdicten-Vrf. S. 123. Wie gesagt, ist sie schon von Thon hervorgehoben und benutzt worden.

Wie man dieser ausdrücklichen Anerkennung gegenüber, dass eine Verjährung des Interdicts vom Momente des precarium concedere beginnen würde, sich damit begnügen konnte, zu behaupten, es verjähre dies Rechtsmittel erst von der Verweigerung der Rückerstattung an ²¹⁾, ist wunderbar.

Was zuletzt das Commodat betrifft, so soll, in wie weit bei diesem Contractsverhältnisse eine Modification des aufgestellten Gesichtspunktes für den Zeitpunkt der actio nata vorliegt, im nächsten § berührt werden.

§ 8.

Fortsetzung.

Dass die im vorigen § vertretene Ansicht über den Beginn der Klagverjährung aus einem unbetagten Darlehn und gleichartigen Geschäften auch dem praktischen Bedürfnisse entspricht, dafür zeugt die Annahme, welche dieselbe in den verschiedenen particularrechtlichen Gesetzgebungen gefunden hat. Dem gegenüber muss freilich anerkannt werden, dass diese Aufnahme in die Particularrechte von wissenschaftlichem Standpunkte aus auf jetzt widerlegten Irrthümern beruhte, nämlich zunächst auf der Lehre von einer allgemeinen Verjährung aller Rechte, nur mit Ausnahme der sog. res merae facultatis, und dann auf der von Thon auf Nimmerwiederkehr beseitigten Regel: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris; deshalb behandle man ein auf Kündigung gestelltes Darlehn ganz ebenso. Namentlich ist die sächsische Praxis immer von jener Grundlage ausgegangen ¹⁾. Nach preuss. Landrecht ²⁾ ist durch Aufstellung des Principis:

Gegen andere Rechte fängt die Verjährung von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte,

21) Kierulff S. 193 Anm. **. Lenz S. 248.

1) S. ausser den bei Thon § 1 Genannten noch Curtius, Handb. des im Königreiche Sachsen gelt. Privatrechts III § 1321.

2) Th. I tit. 9 § 545.

wohl jede Erörterung unserer Frage abgeschnitten ³⁾. Nicht weniger durch die Bestimmung des österreichischen allgem. bürgerl. Gesetzbuchs ⁴⁾.

Zur eigentlichen Verjährung (d. h. der nicht mit Ersetzung verbundenen) ist der bloße Nichtgebrauch eines Rechts, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, durch 30 Jahre hinlänglich.

Eben so verjährt nach baierischem Rechte die Darlehnsklage, wenn der Gläubiger die Schuld dreissig Jahre hindurch nicht einfordert ⁵⁾.

Die gemeinrechtliche Praxis ist namentlich durch die Ausführungen v. Savignys zum Theil von der früher festgehaltenen Ansicht abgegangen und sehr ins Schwanken gekommen ⁶⁾

Das bisher Ausgeführte bezog sich auf die vier hierher gehörenden Rechtsverhältnisse, insofern nicht durch eine dem Vertrage hinzugefügte Nebenbestimmung die Verpflichtung aus einer praesens obligatio eine bedingte oder betagte geworden ist. Einige hier einschlagende Rechtsfragen sind nun noch kurz zu besprechen und dann soll noch der Versuch gemacht werden, dem Vertragswillen in die mannichfachen Gestaltungen, die er jenen Rechtsverhältnissen zu geben im Stande ist, hinein zu folgen, so weit dies für unser Dogma von Interesse ist.

Nicht nur kann für das mit einem dies versehene Darlehn nicht gut ein Zweifel darüber entstehen, dass erst veniente die actio nata ist, sondern es ist auch über den Fall eines auf Kündigung und mit Festsetzung eines bestimmten Zahlungstermins nach derselben gegebenen Darlehns nach der schon oft angeführten Abhandlung Thons ein Streit nicht gut mehr möglich. Ebenso verhält es sich mit der Frage, in wie fern eine entgegenstehende Einrede den Lauf der Verjährung hemmt. Nicht übereinstimmen kann ich dagegen mit dem

3) Näheres bei Savigny Syst. S. 297. Lenz 259 ff.

4) § 1478. 1479.

5) Kreittmair, Annot. ad Cod. Max. Civ. P. II cap. IV § 4 cl. Düpriel, Samml. baierischer Rechtsfälle Bd. VIII S. 88.

6) Für Savigny Senfferts Archiv I, 312 IV, 201 VI, 3. Anders V, 272.

für ein auf Kündigung ohne weiteren Zusatz gegebenes Darlehn von Thon ⁷⁾ und v. Vangerow ⁸⁾ Angenommenen. Beide behaupten, die Klausel enthalte in der Regel keine Bedingung und also keine Schranke des Rechts des Gläubigers, könne also auch den Anfang der Verjährung nicht hinausschieben. Ihnen gegenüber findet Lenz ⁹⁾ in der Klausel einen dies incertus und lässt deshalb mit Kierulff und Savigny, welche ja in jedem Falle die geschehene Kündigung voraussetzen, die Verjährung der Darlehnsklage in diesem Falle erst nach wirklich stattgefundener Einforderung beginnen. Ich glaube, dass als Regel weder die eine, noch die andere Ansicht durchzuführen ist, sondern dass der Sinn der Phrase je nach den Umständen ein verschiedener sein wird. Während sie in manchen Fällen weiter nichts auszudrücken bestimmt sein wird, als dass der Gläubiger ganz nach Willkür zurückverlangen kann und dann sofortige Erfüllung erwartet, also dann eine admonitio im Sinne der l. 48 de V. O. ¹⁰⁾

si decem quum petiero, dari? fuero stipulatus, admonitionem magis, quo celerius reddentur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio; et ideo, licet decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio

enthält, so kann sie auch umgekehrt nicht nur einen dies, sondern sogar eine Bedingung enthalten. Es kann die Intention der Parteien sein, dass zunächst durch den Empfang des Geldes gar keine Verpflichtung für den Empfänger entstehen und dass nur falls der Geber vielleicht durch die Umstände oder veränderte Gesinnung zur Rückforderung bewogen wird, eine Verbindlichkeit zur Rückgabe erwachsen solle. Beispiele, in welchen eine derartige Willensmeinung anzunehmen wäre, brauchen nicht aufgezählt zu werden. Auch als dies kann das Stellen auf den Zeitpunkt der Zurückforderung erschei-

7) S. 55.

8) Archiv f. civ. Prax. a. a. O. S. 312 f. Lehrb. d. Pand., 6. Aufl. S. 254.

9) a. a. O. S. 257 f.

10) S. auch oben § 5 S. 152 2).

nen, etwa im Falle eines Darlehns von Sachen, die im Preise wechseln.

Jedenfalls ist es unstatthaft, aus der l. 48 cit. eine allgemeine Regel nehmen zu wollen. Es lässt sich nicht sagen, dass das „quum petiero“ unserm „nach Kündigung“ vollkommen entspräche, und dann ist es jetzt mannichfach anerkannt¹¹⁾, dass gerade diejenigen Aussprüche der Juristen, in welchen es sich um die Interpretation einer Stipulationsklausel handelt, von uns nur sehr vorsichtig zu benutzen sind, soll nicht die Gefahr eintreten, dass Ausflüsse römischen Sprachgefühls und römischer Stipulationsformalität uns als Normen für die Gestaltung unseres Rechtslebens sich unterschieben. Findet sich doch selbst in den Quellen eine von der Ulpian's abweichende Auffassung einer ganz ähnlichen Phrase, nämlich in l. 22 pr. de operis libert. von Gaius:

Cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, quum poposcerit, nec libertus praestiterit. Nec interest, adiecta sint haec verba, cum poposcero, an non sint adiecta: aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus. Cum enim operarum editio nihil aliud sit, quam officii praestatio, absurdum est credere, alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui praestandum est.

Aus dieser Stelle scheint zweierlei hervorzugehen. 1) Ueberall, wo etwas anderes stipulirt wird, als operae, besteht von vorn herein ein gegenwärtiges Klagrecht; es bedarf keiner Einforderung zur Entstehung desselben. Dafür brauchte die Stelle nicht angeführt zu werden. Es folgt aber 2) aus ihr vermöge eines hier ganz unbedenklichen argumentum a contrario, dass für alle Stipulationen, ausser denen auf operae, die Klausel „quum poposcero“ nicht irrelevant ist, sondern die Existenz des Klagrechts hinausschiebt; dies veniens ist erst vorhanden, nachdem die Einforderung geschehen ist. Es enthält die Klausel also einen wirklichen dies incertus.

11) S. z. B. Ihering in der Einleitung der Jahrb. für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts. S. 31 ff.

Da nun von den beiden Phrasen „quum petiero“ und „quum poposcero“ unser „nach Kündigung“ eher der zweiten vollkommener entspricht, als der ersten, so steht die l. 22 cit. der Thon-Vangerowschen Regel entschieden entgegen. Es wird vielmehr immer Sache des Richters sein, aus den Umständen, unter denen das Geschäft zu Stande kam, oder durch sonstige Hilfsmittel zu ermitteln, ob die Vertragsschliessenden einen Aufschub der Leistung beabsichtigten, oder ob sie mit der besprochenen Klausel nur ganz allgemein sagen wollten, der Schuldner solle leisten, sobald der Gläubiger von seinem Rechte Gebrauch machen will. Zwar wird ersteres namentlich dann besonders nahe liegen, wenn eine bestimmte Form der Kündigung vertragsmässig festgesetzt ist ¹²⁾; allein es ist das keineswegs der einzige Fall, in welchem eine derartige Intention angenommen werden kann und muss.

Die Stipulation der liberti auf operae, welche einen dies in sich schliesst, nämlich den der indictio:

quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent (operae), quam indictae fuissent ¹³⁾,

wird derjenigen Stipulation gleichgestellt, quae ex re ipsa dilationem capit ¹⁴⁾, und führt uns somit darauf, die bisher behandelten Rechtsverhältnisse noch einmal nach dieser Seite hin ins Auge zu fassen, zu untersuchen, in wie fern bei ihnen etwa ein solches ex re ipsa dilationem capere der Natur des Verkehrs nach eintreten kann und häufig eintreten muss, und wie sich in den betreffenden Fällen die Beantwortung der Frage nach dem Eintritte der actio nata modificiren wird. Dadurch, dass es dem Vertragswillen freisteht, auf die mannichfachste Weise eine Einengung des klägerischen Rechts zu bewerkstelligen, und dass diese Willensrichtung häufig genug nicht in ausdrücklichen Worten sich verkörpert, sondern sich tiefer verbirgt im Gegenstande des Vertrags und nur durch scharfes Eindringen in denselben zu erschliessen ist,

12) Für welchen Fall auch Thon und v. Vangerow einen dies in der Kündigungsklausel finden.

13) l. 24 de oper. libert.

14) l. 7 5. pr. de V. O.

kann die Frage nach dem Eintritte der *actio nata*, auch wenn man über die anzuwendende Regel im reinen ist, doch eine höchst verwickelte und zweifelhafte werden. Hier, scheint es, ist das reichste Feld gegeben für das richterliche Arbitrium, reichliche Gelegenheit, durch Eingehen in die speciellsten Umstände des Falls der Intention der Parteien und den Verwickelungen der Sachlage gerecht zu werden.

Für das *Precarium* zunächst muss freilich jede derartige Schwierigkeit schon deshalb wegfallen, weil jede Beschränkung des Rechts, die *precario* gegebene Sache zurückzufordern, mag sie nun geradezu in einer Zeitbestimmung bestehn oder durch Beschränkung des Gebrauchs der geliehenen Sache zur Hervorbringung eines bestimmten Resultats mittelbar gegeben sein, gegen die Natur des Geschäfts ist, den Begriff des *Precarium* aufheben würde ¹⁵⁾, und deshalb rechtlich unstatthaft ist. Die Klage aus dem *Precarium* ist demnach unbedingt und in jedem Falle mit dem Momente der Hingabe *actio nata*.

Schon beim *Depositum* hingegen ist ein Auseinanderfallen beider Momente, der Hingabe und der *actio nata*, denkbar. Doch schliesst sich dieser Fall in so fern an den vorigen an, als in der Regel eine Beschränkung des Gläubigers im Rückforderungsrechte nach dem Wesen des Geschäfts nicht vorkommen wird. Der Depositar übernimmt vom Deponenten eine Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung; ersteren allein trifft die Last des Geschäfts, von dem er keinen Vortheil hat. Der Deponent darf in jedem Augenblicke zurückfordern; das liegt in der Natur des Aufbewahrens und darin, dass der Depositar gar kein Interesse dabei hat, wann der Gläubiger fordert, oder wenigstens daran, dass er erst nach bestimmter Zeit fordert. Wird also dem Geschäfte ein dies hinzugefügt, so wird die Intention der Parteien bei dieser Nebenbestimmung nicht dahin gehn, dass der Deponent vor der Existenz des

15) l. 2 § 2 l. 12 pr. l. 15 pr. de *precario*. Gegen die Ansicht, dass heut zu Tage durch einen Nebenvertrag ein Termin zur Rückgabe einer zum *Precarium* gegebenen Sache auf rechtlich gültige Weise und mit rechtlichem Erfolge gegeben werden könne vgl. Schmidt, das *Commodatum* und *Precarium* S. 101 Anm. 83.

dies nicht zurückfordern dürfe, sondern vielmehr dahin, dass der Depositär bis zum Eintritte desselben aufbewahren müsse¹⁶⁾. Das Recht des ersteren ist daher in keiner Weise beschränkt, die Entstehung der *actio depositi* auf Restitution der Sache nicht suspendirt, gleich von der Hingabe an ist *actio nata*.

Dagegen steht es auch fest, dass das Rückforderungsrecht des Deponenten durch eine Bestimmung des Vertrags beschränkt werden kann, so dass der Depositär das Recht hat, die Restitution zu verweigern¹⁷⁾.

Der nächstliegende Fall einer solchen dem Depositum hinzugefügten, die Restitutionspflicht suspendirenden Nebenbestimmung ist die Sequestration¹⁸⁾, zum Schutze streitiger Ansprüche¹⁹⁾, oder als Mittel einen Gläubiger zu sichern²⁰⁾. Die *actio sequestraria* ist immer erst *nata*, wenn die *Conditio* der Deposition existirt, der Process entschieden, oder dem zu sichernden Anspruche Genüge geschehn ist.

Ein anderer Fall kommt häufig im Rechtsverkehre vor. Oft giebt der Schuldner seinem Gläubiger, um ihn wegen seiner Ansprüche sicher zu stellen, eine Sache in Verwahrung, um sie so lange inne zu haben, bis er befriedigt ist. Von einem Pfandrechte kann hier nicht die Rede sein, weil der Gläubiger kein *ius distrahendi* hat, auch so hingeebene

16) l. 1 § 45. 46 deposit. Die Glosse zu diesen Stellen hat Anstoss genommen und eine Anzahl theils bestätigen sollender, theils angeblich widersprechender Stellen herbeigezogen. Glosse mutare ad h. l. Man hat auch das Recht, welches dem Deponenten zugeschrieben wird, abhängig machen wollen von dem Vorhandensein einer *iusta causa*, unter Beziehung auf das Recht des Sequesters, sich *ex iusta causa* seiner Verpflichtung zu entziehen (l. 5 deposit); so z. B. in einer Anmerkung des Dionys. Gothofredus zu unserer Stelle. Schon Duarenus in tit. deposit. cap. III führt indess die Bestimmung richtig auf das Wesen des Depositum zurück. Jenes freie, auch durch einen hinzugefügten dies nicht beschränkte Zurückforderungsrecht mag wohl darauf geführt haben, das Depositum dem *Precarium* gleichzustellen, wogegen sich schon Cuiac ausspricht, *Observv.* IV, 7. —

17) l. 1 § 22 h. t.

18) c. 6 deposit. l. 9 § 3 de dolo.

19) l. 17 pr. eod.

20) c. 5 eod.

Sachen häufig gar keinen Geldwerth haben, z. B. Legitimationspapiere. Die Garantie für den Inhaber liegt blos darin, dass der Eigenthümer die Sachen nothwendig braucht und also indirect zur Zahlung genöthigt werden kann. Die Bestimmung der Gesetze²¹⁾, dass keinerlei Compensation, Deduction, Retention gegen die *actio depositi directa* gelten soll, steht natürlich nicht entgegen, da die Restitutionspflicht in unserm Falle von vorn herein eine bedingte ist, was ja die Natur des Geschäfts erlaubt²²⁾. Hier ist die *actio dep. directa* erst nata, wenn der Deponent befriedigt ist; erst von diesem Zeitpunkte an beginnt die Klagverjährung zu laufen.

Es kann aber auch sonst unter Umständen das Geschäft zum Vortheile des Depositars geschlossen sein, so dass beide Theile ein Interesse am Fortbestehn des Rechtsverhältnisses haben, und auch der Fall lässt sich denken, dass das gesamte Interesse auf Seiten des Depositars liegt. Einen solchen Fall enthält die l. 4 pr. de reb. cred.²³⁾. Ueberall nun, wo ein Nutzen des Depositars beabsichtigt ist, wird es leicht vorkommen, dass, um denselben noch zu erhöhen, dem Rückforderungsrechte des Deponenten ausdrücklich oder stillschweigend eine Schranke gesetzt wird.

Nehmen wir z. B. an, dass im Falle der l. 4 cit. der beabsichtigte Kauf an einem bestimmten Tage stattfinden sollte, etwa bei einer angesetzten öffentlichen Versteigerung. Der Deponent hat bei seiner Abreise Geld mit der Erklärung hinterlegt, dass der Depositär das Recht haben solle, falls er kaufe, jenes als Darlehn zu verwenden, welche Bestimmung ja bekanntlich getroffen werden kann, ohne dass das Geschäft

21) c. 11 eod.

22) l. 1 § 22 cit.

23) Si quis nec causam nec propositum foenerandi habuerit, et tu em-turus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emissas, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emissas, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. etc.

seinen Charakter als Depositum verliert ²⁴⁾. Der Depositär hat die Aufbewahrung übernommen, die Erlaubniss angenommen. Unerwartet schnell kehrt der Verreiste zurück noch vor dem Tage, welcher zur Versteigerung angesetzt war, und verlangt sein Geld zurück. Ist dieses Verlangen rechtlich begründet, und beginnt, was auf dasselbe hinausläuft, falls die Geltendmachung unterbleibt, die Verjährung der Klage auf Restitution von der Hingabe des Gelds an zu laufen, oder hat der Depositär das Recht, die Herausgabe zu verweigern, bis der Tag der Versteigerung gekommen und er seinen Entschluss gefasst hat, beginnt demnach erst von diesem Tage an, falls er nicht kauft, die Verjährung der *actio depositi*?

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob man annimmt, dass in der dem Depositär gegebenen, von ihm angenommenen Bewilligung, über das Geld bei einer bestimmten Gelegenheit verfügen zu dürfen, eine den Deponenten bindende, den Depositär berechtigende Disposition zu finden sei, eine Befristung der Restitutionspflicht. Während im Allgemeinen das Erlauben, das Geld unter Umständen als Darlehn zu verwenden, das Wesen des Verwahrungsgeschäfts nicht ändert, also auch das sofortige Rückforderungsrecht nicht ausschliessen kann, so können doch in obigem Falle die Verhältnisse, namentlich dass das Geschäft zum Vortheile des Verwahrers auf Veranlassung des von ihm beabsichtigten, auch der Zeit nach bestimmten Unternehmens und unter ausdrücklicher Beziehung auf dasselbe geschlossen wurde, wenn sonst die Umstände des Falles dem nicht entgegenstehn, darauf führen, eine Suspension der *actio depositi directa* bis zum Tage der Versteigerung anzunehmen. Schwiege nun der Deponent still und stellte seine Klage erst an, nachdem dreissig Jahre seit der Hingabe des Geldes verflossen, so wäre seine Klage nicht für verjährt zu halten, falls nur der Tag jener Versteigerung noch innerhalb der Verjährungszeit liegt.

Der Grund, aus welchem das Rückforderungsrecht des Deponenten als stillschweigend beschränkt gelten muss, kann auch in andern Verhältnissen liegen, darin etwa, dass die Art

24) Vgl. l. 10 de reb. cred.

der Aufbewahrung eine Restitution in jedem Momente ausschliesst, oder wenigstens so nachtheilig für den Depositär macht, dass nicht ohne weiteres angenommen werden kann, in der Verweigerung der sofortigen Restitution liege der zur Entstehung der *actio depositi* erforderliche *dolus*. Auch eine zufällig hinzutretende Unthunlichkeit der Restitution hat ja auf die Entstehung der Restitutionsklage ganz denselben Einfluss, wie eine dem Vertrage beigefügte Bedingung, schliesst also den Beginn der Klagverjährung aus ²⁵⁾.

Vielleicht ist schon aus diesen wenigen Fällen ersichtlich, wie eng die Frage nach dem Beginne der Klagverjährung mit den Umständen des concreten Falls zusammenhängt, und wie es sehr oft eines tieferen Eingehens in das Wesen des Rechtsverhältnisses bedürfen wird, um den Zeitpunkt der *actio nata* zu bestimmen. Mag aber dieses Rechtsverhältniss ein mehr oder weniger verwickeltes sein, immer fällt die obige Frage ganz mit der andern zusammen, wann zuerst nach dem rechtsgründenden Willen ein gegenwärtiges klagbares Forderungsrecht gegeben sei. Kein Umstand ist anders für die Frage nach der *actio nata* von Gewicht, als dass er einen Anhaltspunkt bietet, den etwa auf eine Suspension des Forderungsrechts gerichteten Vertragswillen zu ermitteln. Die Frage nach dem Beginne der Klagverjährung bietet aber noch eine andere eigenthümliche Schwierigkeit. Während nämlich, wenn der Richter entscheiden soll, ob eine angebrachte Klage begründet sei, dem natürlichen Sachverhältnisse nach der Berechtigte sein Recht auszuführen, der Verpflichtete dasselbe in Abrede zu stellen bemüht sein wird, muss sich das gerade umgekehrt verhalten, wenn es sich um die Verjährung eines nicht geltend gemachten Rechts handelt. Hier behauptet der auf Verjährung sich berufende Verpflichtete, der Kläger habe von einem bestimmten Zeitpunkte an ein Klagrecht besessen, der Berechtigte verneint dies. Gerade diese Umkehrung der Parteirollen kann unsere Frage zu einer äusserst verwickelten, weit schwieriger zu entscheidenden machen, als die nach der

25) I. 1 § 22 *depos. a. E.*

Berechtigung der Klage, wenn sie innerhalb der Verjährungszeit angebracht ist.

Dies wird noch mehr hervortreten, wenn wir die beiden noch übrigen Fälle, das unbetagte Darlehn und das Commodat von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet haben werden.

Ausser den oben besprochenen Klauseln können auch andere Zusätze zu einem Darlehnsgeschäfte, es können auch die Umstände, unter welchen dasselbe zur Entstehung gelangt, auf die Entscheidung der Frage nach dem Eintritte der *actio nata* von Einfluss sein.

Eine jener Nebenbestimmungen ist z. B. die, dass der Empfänger zurückzahlen solle „nach Bequemlichkeit“, „nach und nach“, „nach guter Gelegenheit“. Wollte man annehmen, dass durch diese Bestimmungen die Zeit der Zahlung ganz in das Belieben des Schuldners gestellt würde, so wäre am Ende das ganze Schuldverhältniss ein illusorisches. Andererseits lässt sich auch nicht verkennen, dass durch jene Worte dem Rechte des Gläubigers wirklich eine Schranke gesetzt wird. Wir gelangen hier wiederum in das Gebiet individueller Verhältnisse, welche nicht nach allgemeinen Regeln, sondern nur aus sich selbst heraus beurtheilt werden können. Es wird bekanntlich eine Berücksichtigung solcher Verhältnisse der Natur der Sache nach überall da vorgeschrieben, wo eine Leistung nach ihrem Gegenstande einen Aufschub in sich schliesst, so z. B. bei dem Versprechen, an einem fernen Orte zu leisten ²⁶⁾.

Hier soll die Bestimmung, in wie fern und in wie weit das Recht des Gläubigers hinausgeschoben sei, vom Richter durch umfassende Erörterung und Verarbeitung des factischen Materials gewonnen werden ²⁷⁾.

26) l. 34 § 2 de statulib. l. 14. 41 § 1 l. 60. 73. 48 § 1. l. 137 § 2 de V. O. l. 9 § 2 de duob. reis. l. 49 § 2 de fideiussor. Doch darf mit der Annahme eines beabsichtigten Aufschubs nicht zu freigebig verfahren werden l. 126 § 2 de V. O. a. E.

27) So bestimmt z. B. auch im Anhang zur sächs. Processordnung § 6, dass in diesen Fällen der Richter die Zahlungsfristen nach Billigkeit und Beschaffenheit des creditoris und debitoris ex officio bestimmen solle. Nur wird eben diese Bestimmung, wenn sie dreissig oder mehr Jahre nach geschlossenem Geschäfte vorgenommen werden soll, etwas Noth machen.

Häufig genug kommt es ferner vor, dass Leuten, welche ohne Geldmittel sind, Geld in die Hand gegeben wird mit dem stillschweigenden Uebereinkommen, dass dasselbe, sobald es die Verhältnisse des Empfängers, auf deren Besserung es eben abgesehen ist, es gestatten, zurückzuzahlen sei. Auf diese Weise wird z. B. oft Studierenden, denen die Mittel fehlen, kreditirt. Hier wird Niemand meinen, dass es darauf abgesehen sei, oder dass auch nur der Darleiher beabsichtige, ein sofortiges Rückforderungsrecht zu begründen, auch wenn es nicht ausdrücklich festgesetzt ist. Daraus freilich, dass das Geld einem gegeben wird, der, wie dem Geber bekannt ist, nichts zum wiedergeben hat, folgt allein jene Intention noch nicht, sondern es muss eben ein entsprechendes Verhältniss zwischen den Parteien hinzukommen. Lässt sie sich aber einmal nachweisen, so ist die *condictio ex mutuo* nicht nata vor dem Zeitpunkte, den die Contrahenten vor Augen hatten. Dieser Zeitpunkt wird in unserm Falle z. B. der beginnende Erwerb sein, in so fern er den nothwendigsten Lebensunterhalt überschreitet. Wenn also der Darleiher, nachdem dreissig Jahre nach der Hingabe des Geldes verflossen, gegen den Schuldner klagt, und letzterer wendet die Einrede der Verjährung ein, ersterer aber ist irgendwie nachzuweisen im Stande, dass sein Aussetzen der Klage nicht reine Connivenz, sondern nach der Intention des Geschäfts eine Pflicht für ihn als redlichen Mann gewesen sei, so wird vom Richter zu ermitteln sein, wann dieser Grund nicht zu klagen hinweggefallen ist, und ob von diesem Momente an dreissig Jahre verflossen sind.

Auf diese Weise ist es möglich, dass eine Thatsache, an welche bei Eingehung des Geschäfts gar nicht gedacht worden ist, für die Verjährungsfrage von entscheidender Wichtigkeit wird. Dann nämlich geschieht dies, wenn die nach dem irgendwie zu ermittelnden Willen der Contrahenten gegebene Intention des Geschäfts durch den Eintritt jener Thatsache ausgeschlossen wird, die Pflicht zurückzuzahlen daher als für diesen Fall durch den Vertragswillen festgesetzt erscheinen muss. Stirbt z. B. der Schuldner, welchem in Aussicht auf Besserung seiner Vermögensverhältnisse kreditirt war, so fällt

nunmehr die darin liegende Beschränkung des Rückforderungsrechts hinweg; seine Erben werden sofort der Klage des Gläubigers ausgesetzt, welcher vielleicht dem Schuldner selbst gegenüber noch Jahre lang hätte warten müssen. Oder wenn ein Geschäftsfreund dem andern zur Hebung seines Geschäfts einen Vorschuss macht, so wird ein sofortiges Rückforderungsrecht nicht angenommen werden können. Sobald nun aber der Schuldner sein Geschäft aus irgend einem Grunde aufgibt, tritt sofort seine Verbindlichkeit, das Geliehene zurückzuzahlen, ein. In beiden angenommenen, im Leben gewiss nicht seltenen Fällen ist die Darlehnsklage nicht nata mit Hingabe des Geldes, auch nicht etwa erst im Momente der geschehenen Zurückforderung, sondern im ersteren Falle mit dem Tode und der Beerbung des Schuldners, im zweiten mit der Geschäftsaufgabe.

Hier ist noch eine Bemerkung zu machen, die vielleicht für die Rechtsanwendung nicht ohne Bedeutung ist. Schon weiter oben haben wir gesehen, dass die Frage nach dem Eintritte der actio nata bei vorgeschützter Verjährung, obwohl sie mit der andern, ob eine Klage bereits rechtlich begründet oder ihre Zuständigkeit noch hinausgeschoben ist, zusammenfällt, doch wegen der Umkehrung der Parteirollen weit verwickelter sein kann, als die letztere. Ferner wird aber auch der Richter für beide Fragen unter ganz demselben gegebenen Sachverhältnisse leicht zu einer entgegengesetzten Entscheidung gelangen können und der Natur der Sache nach gelangen müssen. Wenn ihm nämlich obliegt zu untersuchen, ob eine Forderungsklage zur Zeit begründet sei, ob ihr nicht, wie der Beklagte behauptet, eine Schranke im Wege stehe, so hat er sich natürlich vor allem nach Momenten umzusehn, welche auf die Statuirung dieser Schranke durch den Vertragswillen hin führen. Findet er nicht solche Momente und in hinreichender Evidenz vor, so muss er verurtheilen. Nichts anderes bildet das factische Material zur Beurtheilung der Verjährungsfrage. Aber hier liegt ein Moment sicher vor und eins von grosser Wichtigkeit, dass nämlich der Gläubiger wirklich nicht gefordert, der Schuldner nicht gezahlt hat. Zwar ist es möglich, dass ersteres aus Gutmüthigkeit oder Nachlässigkeit, für

letzteres sogar wahrscheinlich, dass es geschehn ist, weil man zahlen für etwas unangenehmes zu halten pflegt; allein das wird man zugeben können, dass, wenn sonst das Anführen des Klägers, er habe nicht eher geklagt, nicht eher klagen können, weil sein Klagrecht nach dem Inhalte des Geschäfts nicht eher existirt habe, als wahrscheinlich erscheint, eben darin, dass er nicht gefordert hat, ein Moment liegt, welches für den Richter, der ja auf Berücksichtigung aller Umstände zusammengekommen angewiesen ist, leicht den Ausschlag geben kann. Die vor dreissig Jahren angestellte Klage wäre vielleicht durchgedrungen, weil der Schuldner nicht nachweisen konnte, dass auch der Gläubiger beim Geschäftsabschlusse seinem Forderungsrechte eine Schranke setzen wollte. Daraus folgt aber keineswegs, dass, wenn der Gläubiger nicht klagt, und später der Verjährungseinrede gegenüber sich selbst darauf stützt, jenen Willen gehabt zu haben, derselbe Richter, der dort verurtheilt hätte, hier die Einrede der Verjährung nicht abweist.

Und so kann in verwickelten Verhältnissen dieser Art das arbitrium des Richters in der Verjährungsfrage nicht nur ein schwierigeres sein, als in der correspondirenden nach der Begründung der angestellten Klage, sondern auch ein freieres, indem er in Geringerem und weniger direkt für eine hinzugefügte Schranke Sprechendem genug Anhalts finden kann, den vom Beklagten behaupteten Beginn der Verjährung zu verneinen.

Während, um auf das vierte der einschlagenden Rechtsverhältnisse zu kommen, bei dem ersten derselben, dem Precarium, die Klage immer und ohne Ausnahme vom Momente der Hingabe an *actio nata* war, während dies auch für die beiden anderen, Depositum und Darlehn, sich als die Regel herausstellte, welche freilich nach den Umständen des Falls häufig Modificationen erleidet, so wird für den letzten Fall, das Commodat, gerade das Umgekehrte gelten müssen.

Nach der herrschenden und in den Quellen begründeten Meinung nämlich gehört es zum Wesen des Commodats, dass der Empfänger die geliehene Sache zu einem bestimmten Ge-

brauche erhält ²⁸⁾. Diesen bestimmten Gebrauch muss er von der Sache gemacht haben, ehe die *actio commodati directa* nata ist ²⁹⁾. Erhielte er den Gegenstand nur zum Gebrauche überhaupt, wie der Darlehensschuldner das Geld, so würde auch die Verjährung seiner Klage von der Hingabe an beginnen.

Bestimmt kann aber der zu machende Gebrauch werden zunächst durch Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer ³⁰⁾. Es wird diese zeitliche Begrenzung oft dann eintreten, wenn der gestattete Gebrauch nicht in sich selbst eine feste Norm und Grenze trägt, wie z. B. wenn ein Kunstwerk zum Anschauen, ein Hausgeräth zur Benutzung, eine werthvolle Sache zur Verpfändung geliehen wird ³¹⁾.

Aber auch ohne eine derartige Zeitbestimmung kann ein sicherer Massstab für die Dauer der Suspension des Rückforderungsrechts gegeben sein durch den Zweck, zu dessen Erreichung die Sache geliehen worden ist ³²⁾. Beispiele hierfür brauchen nicht angeführt zu werden; die Quellen enthalten deren einige ³³⁾ und im Leben kommt das Rechtsverhältniss in dieser Anwendung bei weitem am häufigsten vor.

Freilich kann auch hier der Grad der Bestimmtheit ein recht verschiedener sein; in einem Falle ist sie vielleicht bis auf den Tag, die Stunde genau, in andern ist nur durch Eingehn in die individuellsten Verhältnisse vom Richter ein fester

28) Glück, Comment. XIII S. 446 ff. Bucher, d. Recht der Forderungen S. 341. Puchta, Pand. § 319. Gegen die von Kritz aufgestellte Meinung, dass, falls nicht ausdrücklich etwas anderes verabredet, der Commodant beliebig zurückfordern dürfe, was nur dann eine Ausnahme erleide, wenn die Rückgabe bewirken würde, dass der Commodatar vom Geschäfte Schaden hätte — vgl. die Ausführung von Schmidt, Commod. u. Precar. S. 86 ff.

29) l. 17 § 3 commodati.

30) l. 5 pr. commodat.

31) l. 5 § 12 eod.

32) Schmidt a. a. O. S. 198. Savigny Syst. V S. 298.

33) l. 17 § 3 commodat. c. 3 de commodato. Im Falle der c. 3 ist der Aufschub der Restitutionspflicht auf die Dauer des Schuldverhältnisses gestellt, während in l. 5 § 12 cit. gerade die Auflösung derselben zu den Pflichten des Commodatars gehört.

Grund und Boden der Beurtheilung zu gewinnen. Hierüber muss ganz das über das nicht ausdrücklich betagte, nach der Intention der Parteien aber mit einer Beschränkung des Rückforderungsrechts versehene Darlehn gelten.

Ferner kann aber, wenn dies auch nur in seltenen Fällen eintreten wird, eine Sache geliehen werden zum Gebrauche in einer bestimmten Weise, zu einem bestimmten Zwecke, um einen bestimmten Erfolg zu erzielen, und nichtsdestoweniger die *actio commodati* im Momente nach der Hingabe *nata* sein. Wer z. B. einen Ring Jemandem leiht, um sich damit zu schmücken; ein Instrument, um darauf zu spielen, der bindet sich in Bezug auf sein Rückforderungsrecht nicht im mindesten, es müsste denn beim Leihen auf eine bestimmte Gelegenheit Rücksicht genommen sein.

So wenig man nun in einem solchen Falle die Existenz eines vollkommenen Leihcontracts in Abrede stellen kann, so wenig wird es zweifelhaft sein, dass, sobald der Commodatar die Sache erhalten, sogleich ein gegenwärtiges Forderungsrecht des Verleihers begründet, seine *actio* sofort *nata* ist. Der Grund liegt in dem im vorigen § über das Wesen der Realcontracte Ausgeführten.

§ 9.

Aehnliche Fälle. Periodische Leistungen.

Mit den besprochenen Fällen ganz gleichartig ist nach v. Savigny ¹⁾ der Pfandcontract, insofern es sich um die Frage handelt, wann die *actio pignoratitia directa* zu verjähren beginnt. Obwohl diese Frage heut zu Tage nicht mehr zweifelhaft ist, indem nach Beseitigung der Regel *toties praescribitur etc.* und nach dem klaren Inhalte der l. 9 § 3 de pignor. action. der Beginn der Verjährung erst nach gezahlter Pfandschuld auch nicht mehr mit dem Scheine eines Grundes in Abrede gestellt werden kann, so kann doch vielleicht die

1) § 241 a. A. Ueber das Dogmengeschichtliche der Frage siehe bei Ebendemselben.

Zurückführung der Regel auf das Grunddogma, welche sich nach der hier gegebenen Ausführung ganz anders gestalten muss, als nach der v. Savignys, dazu dienen, die einfache Consequenz der ersteren ins Licht zu stellen. Nach v. Savigny²⁾ fehlt es vor Zahlung der Pfandschuld an der Rechtsverletzung, weil der Gläubiger das Pfand mit des Schuldners Willen besitzt, dem Gläubiger keine in der Natur des Rechtsverhältnisses liegende Erwartung getäuscht wird. Nach unserm Grunddogma fehlt es vor der Zahlung nicht nur an der Verletzung, sondern an dem gegenwärtigen klagbaren Forderungsrechte.

Es hat der Fall des *contractus pignoratitius* von dem des einfachen Darlehns und der gleichartigen Geschäfte in der That eben so viel verschiedenes, als mit ihm gleichartiges. Gemeinsam ist, dass eine Sache hingegeben wird gegen die Verpflichtung, sie zu restituiren. Dagegen tritt auf den ersten Blick der grosse Unterschied in die Augen, dass während in jenen Fällen die Pflicht zur Rückgabe eine, wenn auch unter Umständen, nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien suspendirte, doch in der Regel eine unbedingte, beim Pfandcontracte hingegen stets nur eine bedingte ist. Erst nachdem er Zahlung erhalten, ist der Pfandgläubiger nach dem wesentlichen Inhalte des Rechtsgeschäfts verpflichtet, zu restituiren; erst nachdem er gezahlt, beginnt der Schuldner Gläubiger einer *praesens obligatio* zu werden, steht ihm die *actio pignoratitia directa* zu.

Das ist auch die Anschauung der Quellen, welche überhaupt von einer Rechtsverletzung, die zum Beginne der Klagverjährung gehöre, nichts wissen und nichts zu wissen brauchen, da ihre Regel, „die Verjährung beginnt, *ex quo actio iure competit et semel nata est*“, vollkommen zutrifft, die Verletzung nach dem früher Gesagten nichts ist, als ein zur Existenz eines unthätigen Klagrechts zu denkendes Moment, welches überall vorhanden ist, wo eine *praesens obligatio* besteht und nicht sofort erfüllt wird. Dass nun in der That das Recht des Pfandschuldners auf Restitution des Pfandes

2) S. 300.

ein bedingtes, zukünftiges ist, sagen die Juristen an mehreren Stellen klar und deutlich genug.

l. 9 § 3 de pignorat. action. (Ulpian)

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio. § 4 eod. Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pignoraticia experiri ³⁾.

l. 40 de solution. (Marcian)

Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, acquiritur mihi actio pignoraticia. Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

Wollte man, dass vor der Zahlung nicht actio nata ist, darauf stellen, dass der Pfandgläubiger mit des Schuldners Willen besitzt, so brauchte ja nur der letztere seinen Willen zu erklären, das Pfand zurückzuerhalten, und die Verjährung müsste sofort beginnen! Freilich bemerkt auch v. S., dass für den Pfandcontract die Entscheidung unserer Frage noch weit einleuchtender sei, als in den bisher betrachteten Fällen. Denn in diesen sei es blos auf den veränderten Willen des ursprünglichen Gebers angekommen, um das Klagrecht zu erzeugen; hier sei der bloße Wille nicht hinreichend, sondern es müsse noch eine That hinzu kommen, die Befriedigung des Gläubigers. Allein der bloße Wille ist nicht nur nicht hinreichend, er ist auch für den Beginn der Klagverjährung ohne irgend einen Einfluss. Vor der Zahlung der Pfandschuld, weil kein gegenwärtiges Rückforderungsrecht existirt, welches der Verpfänder durchführen wollen könnte, nach der Zahlung, weil, sobald die Restitutionspflicht einmal eintritt, eine Verletzung derselben weiter nichts voraussetzt, als die Thatsache der Nichterfüllung. Nach der l. 40 cit. wird ja, auch wenn ohne Wissen des Verpfänders gezahlt wird, demselben sofort die actio pignoraticia erworben, und das Interdict steht von dem Momente an zu, in welchem die Legate gezahlt wurden, ganz

3) Vgl. noch § 5 eod. und dazu Thon S. 16 Anm. 2. Ferner arg. contr. l. 11 § 2 eod.

ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe von der Zahlung weiss und die Restitution der cautionsweise eingeräumten possessio verlangt.

Ein anderer in Anschluss an die besprochenen behandelte Fall ist der des Wiederkaufs. Diejenigen, welche die Nothwendigkeit einer Rechtsverletzung zum Beginne der Klagverjährung behaupten, lassen die Klage aus dem pactum de retrovendendo erst verjähren, nachdem der Berechtigte sein Recht geltend machen zu wollen erklärt hat, wogegen die Gegner der Verletzungstheorie die actio schon vom Augenblicke der Hingabe der verkauften Sache an nata sein lassen. Bis jetzt haben wir von unserm Standpunkte aus, nach welchem zwar eine Rechtsverletzung erforderlich ist, allein stets mit der rein objectiven Thatsache der Nichtleistung aus einer praesens obligatio zusammenfällt, immer auf der Seite der letzteren stehn müssen. Wenn nun hinsichtlich des pactum de retrovendendo hier für die Ansicht gesprochen werden wird, dass die Klage aus diesem Geschäfte erst zu verjähren beginnt, nachdem der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen erklärt hat, so müssen die beizubringenden Gründe natürlicher Weise andere sein, als die v. Savignys und Kierulffs.

Von vorn herein drängt sich die Frage auf, ob man die Klage aus dem pactum de retrovendendo anders zu beurtheilen Ursache hat, als die aus jedem andern, einfachen pactum de contrahendo. Dass in Folge eines mit Hinzufügung dieses pactum abgeschlossenen Kaufgeschäfts die verkaufte Sache gleichsam auf Wiederruf in die Hand des Käufers kommt, also im factischen Resultate ein Rechtsverhältniss entsteht, welches mit dem aus jenen Geschäften, wo eine Sache gegen Verpflichtung zur Rückgabe hingegeben wird, Aehnlichkeit hat, darf keineswegs dazu führen, für die juristische Auffassung des Rechtsverhältnisses von den Regeln abzugehen, die sich aus dem Wesen des Geschäfts als Consensual-Contract, insonderheit als pactum de contrahendo ergeben.

Thon⁴⁾ und nach ihm v. Vangerow⁵⁾ berufen sich dar-

4) S. 3 Anm ff.

5) Pand. § 147 Anm. II, 8.

auf, dass das gewöhnlich in der Form eines Nebenvertrags — *pactum de retrovendendo* — vorkommende Geschäft des Wiederkaufs nichts anderes sei, als ein Kauf, dessen Realisirung von der Willkür des Käufers abhängt. Allein überall, wo ein solches *pactum* vorliegt, ist doch wohl nicht von einem sofort wirksamen zweiten Kaufgeschäfte die Rede; — ein Geschäft, nach welchem jeder von beiden Contrahenten Käufer und Verkäufer zugleich wäre, und zwar unbedingt und unbetagt, ist ein Unding; sondern was der Willkür des Verkäufers überlassen wird, wozu er den Käufer zwingen kann, ist der Abschluss eines zweiten, des Rückkaufgeschäfts. Hierauf, und falls der aus dem *pactum adiectum* Verpflichtete sich weigert, auf das Interesse, geht die *actio venditi* des aus jener Nebenbestimmung des ursprünglichen Kaufvertrags Berechtigten; ganz ebenso, wie derjenige, welcher stipulirt hat: *pecuniam te mihi crediturum spondes?* einklagt, was ihm durch das widerrechtliche Verweigern der Geschäftsabschliessung entgeht 6).

Zur Verwirklichung der gesamten Intention des Verkäufers dienen im Falle des sog. Wiederkaufs drei Rechtsgeschäfte: das erste Kaufgeschäft, das ihm eingefügte *pactum de retrovendendo* und dann endlich das Rückkaufgeschäft. Diese drei Geschäfte sind in Voraussetzungen und Wirkungen ganz selbständig; denn dass das zweite mit der aus dem ersten entspringenden *actio venditi* geltend gemacht wird, ist ohne Einfluss auf Umfang und Wesen des aus ihm zustehenden Rechts. Auch ein durch *pactum adiectum* begründetes Vorkaufsrecht wird mit der *actio venditi* aus dem Hauptgeschäfte geltend gemacht 7). Ferner ist das *retrovendere* deswegen nicht weniger ein neues Kaufgeschäft, weil vielleicht an eine Rückgabe um denselben Preis gedacht ist; obgleich in diesem Falle das factische Ergebniss des Geschäfts dem einer Auflösung des ersten Kaufs gleichkommen kann.

Aus diesen Gründen fällt die Frage nach dem Anfange der Klagverjährung aus einem *pactum de retrovendendo* ganz

6) l. 68 de V. O.

7) l. 75 de contr. emt. l. 21 § 5 de action. emt.

mit der allgemeineren zusammen, wann die Klage aus einem *pactum de contrahendo nata* ist. Schwerlich wird man nun behaupten können, dass ein *pactum de contrahendo* nichts anderes sei, als eben der betreffende Contract, dessen Realisirung nur in die Willkür des Berechtigten gestellt wäre. Wer sich versprechen lässt, dass ihm eine Sache verkauft werden solle, der kauft doch die Sache noch nicht.

Ist freilich das *pactum* ein unbedingtes, unbetagtes, so kann er jeden Augenblick als Käufer auftreten und den Verpflichteten zwingen, Verkäufer zu werden. Nichtsdestoweniger ist die Verpflichtung zum *retrovendere* für eine bedingte, vom Eintritte einer gegebenen Voraussetzung abhängige anzusehn. Sie ist bedingt durch den Umstand, dass der aus dem *pactum* Berechtigte nun wirklich als Contrahent auftritt, kaufen zu wollen erklärt. Ehe dies nicht geschieht, kann der Verpflichtete gar nicht verkaufen; denn dazu gehört eben, da es ein neues Rechtsgeschäft ist, ein neuer Consens, also eine Erklärung, zurückkaufen zu wollen. Niemand wird behaupten, dass diese Erklärung schon im *pactum de retrovendo* vorliege.

Vor der Erklärung ist demnach kein gegenwärtiges Recht, keine *praesens obligatio* vorhanden, sondern das Recht, den Rückverkauf zu verlangen, ist in dieser Beziehung ganz wie das Recht zur Einlösung eines Pfands zu betrachten. Hier muss der Berechtigte erst zahlen, ehe die Verpflichtung zur Restitution eine gegenwärtige wird, dort muss er erst erklären, kaufen zu wollen, ehe der Verpflichtete gezwungen werden kann zu verkaufen.

Nicht mit einer Mahnung, nicht mit der Erklärung, nunmehr befriedigt werden zu wollen, haben wir es hier zu thun, sondern mit einer wahren Bedingung. Dass es eine reine Potestativ-Bedingung ist, kann an ihrer rechtlichen Wirksamkeit nichts ändern⁸⁾. Vielmehr ergibt sich, dass die Klage aus dem *pactum de retrovendo* erst von dem Momente an zu verjähren beginnt, in welchem der Berechtigte erklärt hat, gegen Zahlung des ausgemachten Preises die Sache zurücknehmen zu wollen.

8) S. auch Kierulff S. 194 Anm. *.

So ist im Falle der l. 12 de praescript. verb. (Proculus)
*Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione
 comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta
 esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem
 pretio* ⁹⁾ *mulier transcriberet viro, in factum existimo
 iudicium esse reddendum, idque et in aliis personis
 observandum —*

die Verpflichtung der Frau zum transcribere nicht nur be-
 dingt durch den Eintritt der Scheidung, sondern auch durch
 die Willenserklärung des Mannes. Bevor letztere geschehn,
 ist für die Frau keine praesens obligatio vorhanden. Das
 Zurückgeben um denselben Preis ist ja eben abhängig ge-
 macht vom Consens des Mannes. Ehe dieser vorliegt, kann
 die Frau wohl transcribere, aber nicht eodem pretio; das
 transscribere eodem pretio ist ein neues Rechtsgeschäft, zu
 welchem der Consens des Mannes gehört. Die Verbindlich-
 keit der Frau, es einzugehn, ist schon deshalb vor dem Con-
 sens des Mannes eine bedingte, weil sie vorher auf etwas
 unmögliches geht.

Wie mit dem pactum de retrovendo verhält es sich
 auch mit dem sog. pactum displicentiae. Wird dasselbe hin-
 zugefügt, so ist das Kaufgeschäft unter einer Resolutivbe-
 dingung geschlossen ¹⁰⁾. Sobald das displicere vorliegt, soll
 die res inempta sein. Bis es aber vorliegt, soll der Kauf in
 seiner Wirkung bestehn, also auch die verkaufte Sache beim
 Käufer, der Kaufpreis beim Verkäufer bleiben. Für die Re-
 stitutionspflicht des letzteren ist daher das displicere Suspensiv-
 bedingung ¹¹⁾. Dass dieselbe für den Käufer reine Potestativ-

9) Mit der Glosse zu eodem pretio zu suppliren reddito und somit
 den Fall dieser Stelle dem der c. 2 de pact. int. emt. gleichzustellen, ist
 kein Grund vorhanden.

10) l. 6 de rescind. vend. l. 3 de contr. emt. l. 2 § 5 pro emt. l. 31
 § 22 de aedil. edict.

11) Man kann doch auch bei diesem Geschäfte nicht gut annehmen,
 dass in dem Momente, in welchem die verkaufte Sache übergeben wird, für
 den Uebergebenden sogleich eine praesens obligatio dahin begründet werden
 soll, dieselbe gegen Restitution des Kaufpreises zurückzunehmen. Es gäbe
 dann in der That keinen einzigen Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen des

bedingung ist, begründet keinen rechtlichen Unterschied. Will man nicht sich auf jene verbannte Regel stützen: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*, so kann man die Verjährung der Klage aus unserm pactum erst beginnen lassen, wenn das *displicere* vorliegt, d. h. vom Käufer erklärt worden ist, dass er nunmehr die Sache zurückgeben, seinen Kaufpreis zurück empfangen wolle.

Das Dogma von der *actio nata*, wie es uns in den früheren Abschnitten dieser Abhandlung Gestalt gewonnen hat, ist auf die bestrittensten Einzelfragen aus der Lehre angewandt worden, und es ist dabei hervorgetreten, dass mit dem einfachen klaren Begriffe der *actio nata* in der Hand für uns in jedem einzelnen Falle die Aufgabe und zugleich die Schwierigkeit darin liegt, die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses, die rechtliche Beschaffenheit der einzelnen obligatorischen Beziehungen zu durchdringen, zu untersuchen, wann diejenige Leistung, auf welche die fragliche Klage geht, nach dem Willen der Contrahenten oder dem Inhalte des Gesetzes zuerst als gegenwärtig geschuldet erscheint. In diesem Momente beginnt immer und ohne Ausnahme die Verjährung zu laufen, da das *silentium*, die Unthätigkeit, durch welche die Klage zu Grunde geht, sofort vorliegt, falls die fällige Leistung nicht erfolgt und doch die Klage nicht angestellt wird.

Ein Rechtsverhältniss ist schliesslich noch zu betrachten, bei welchem die Schwierigkeit weniger darin besteht, zu bestimmen, wann die *actio nata* ist, als vielmehr darin, sich darüber klar zu werden, in wie weit und was überhaupt für eine *actio* geboren wird und deswegen verjähren kann. Wir kommen auf die grosse Controverse über die Verjährung der Klage auf terminsweise Praestationen. Dieselbe verdiente gewiss eine ausführliche abgesonderte Behandlung, sowohl wegen des Dogmengeschichtlichen, — seit Martinus und Bulgarus bis in die neuesten Ausführungen spielt die Frage, und es

Kaufgeschäfts wirklich bestünden. Die *res* wäre dann, sobald sie als *emta* tradirt ist, sogleich wieder *inemta*; nur hinge, dies geltend zu machen, von der Willkür des Käufers ab.

spiegelt sich in ihrer Behandlung der Gang der wissenschaftlichen Entwicklung in der Zwischenzeit —, als auch wegen der Nähe, in welcher hier deutsch- und römischrechtliche Institute aneinander grenzen und welche die Aufstellung einer durchschlagenden Regel, wenn nicht unmöglich, doch ungemein schwierig macht. Uns kommt es hier für jetzt nur darauf an, aus dem gewonnenen Principe auch für dieses Rechtsverhältniss eine Consequenz zu ziehn.

Deshalb berücksichtigen wir hier nur derartige praestationes annuae, welche sich als rein obligatorische Leistungen auffassen lassen und ganz nach der Obligationen-Theorie des gemeinen Rechts zu beurtheilen sind. Die hierher gehörigen Fälle lassen sich unter zwei Klassen bringen.

- 1) Die periodischen Leistungen gehören zum Inhalte eines umfassenden Obligationsverhältnisses, wie z. B. die einzelnen Pachtgeldzahlungen ¹²⁾.
- 2) Die periodischen Leistungen bilden den alleinigen Inhalt einer Obligation, wie stipulirte Renten und legata annua. Hier ist wieder zu unterscheiden
 - A. Die Verpflichtung zu den periodischen Leistungen ist eine vollkommen selbständige.
 - B. Sie steht zu einer andern im Verhältnisse der Accession, wie z. B. eine Zinsverbindlichkeit zu der Hauptschuld.

Was die Fälle unter 1) betrifft, so haben wir es mit der Verjährung der actio locati auf Zurückgabe der Sache nach beendigter Pachtzeit nicht zu thun ¹³⁾. Dieselbe beurtheilt sich ganz nach den allgemeinen Regeln. Hinsichtlich des Einflusses, den die terminsweisen Zahlungen auf den Lauf der Ver-

12) v. Savigny, Syst. V S. 309, bringt die einzelnen Miethzahlungen unter den Gesichtspunkt von Accessionen, so dass die Restitution der vermiethteten Sache ihnen gegenüber Gegenstand der Hauptschuld wäre. Es wird sich jedoch kaum behaupten lassen, dass zwischen beiden Verbindlichkeiten ein Accessions-Verhältniss existirte. Beide sind zum Wesen der locatio conductio gleich wesentlich; es giebt weder eine vermiethte Sache ohne Miethpreis, noch einen Miethpreis ohne erstere.

13) S. darüber Savigny a. a. O.

jährrung äussern, ist v. Savigny darin gewiss beizustimmen, dass in jeder derselben eine Unterbrechung liegt. Auch hier aber muss behauptet werden, dass sofort von der letzten Zahlung an und nicht erst vom Auslassen der nächsten fälligen Leistung die Verjährung wieder zu laufen beginnt und zwar aus ganz denselben Gründen, wie sie beim verzinslichen Darlehn in Betracht kommen ¹⁴⁾. Nur kann freilich beim Pacht- und Miethvertrage das Institut der *relocatio tacita* modificierend einwirken.

Von der Klage auf die terminsweisen Praestationen aber muss Folgendes gelten. Es ist zwar eine *actio locati*, mit welcher dieselben eingefordert werden. Es sind aber so viele verschiedene Forderungsrechte vorhanden, als Termine gegeben sind. Aus jedem dieser Forderungsrechte ist die *actio locati nata*, sobald die einzelne fällige Leistung ausbleibt. Es verjährt also die Klage auf jeden einzelnen Posten vom Zeitpunkte seiner Fälligkeit an.

Eben so ist es in den Fällen unter 2). Ohne Unterschied, ob die periodischen Leistungen auf einem Vertrage beruhen, oder auf einem letzten Willen, verjährt die Klage auf jede einzelne Leistung vom Momente ihrer Fälligkeit an ¹⁵⁾. Hier ist nur noch (zu 2) B) die Bestimmung getroffen, dass nach c. 26 de usuris durch Verjährung der Klage auf eine Kapitalschuld die Klagen auf die Zinsrückstände ohne Unterschied ihres Alters hinwegfallen sollen.

So weit kann heut zu Tage nach dem klaren Sinne der Gesetze kein Zweifel sein. Dagegen wird noch jetzt eine Modification des Principis ziemlich allgemein behauptet ¹⁶⁾, welche weder in den Quellen irgendwie Unterstützung findet, noch mit sonstigen Gründen aufrecht erhalten werden kann. Wenn nämlich der die periodischen Leistungen Schuldende das Recht

14) S. oben S. 171 ff.

15) c. 7 § 6 de praescript. XXX ann. Savigny S. 311. Kierulff S. 195 f. Anm. c. 46 § 9 de episcop. et cleric., arg. contr. c. 26 de usuris.

16) Savigny S. 312 unter 3). Unterholzner, Verjährungslehre II S. 319 § 260. v. Holzschuher, Casuistik I S. 178 n. 16. Puchta, Vorlesungen § 81. Arndts, Pand. § 107 a. E. u. v. a.

selbst verneint, und deshalb die Leistung unterlässt, so soll der Gläubiger Veranlassung haben, in seiner Klage auch diese allgemeine Grundlage seiner einzelnen Forderungen geltend zu machen. Wenn er nun die Verjährungszeit hindurch jede Klage unterlässt, so soll das Klagrecht auch für die späteren Leistungen, die sonst erst in 31, 32 u. s. w. Jahren verjähren würden, zu Grunde gehn, wie wenn in gleichem Falle von den Zinsen eines Capitals die Rede gewesen wäre.

Es wird hier von den einzelnen Forderungsrechten ein „Recht im Allgemeinen“ unterschieden, welches „die allgemeine Grundlage“ der ersteren sein soll. Die Existenz eines solchen Rechts nun halte ich für vollkommen unerweislich. Der Empfänger der annua steht zu dem Pflichtigen in einem Rechtsverhältnisse, dessen Grundlage das begründete Rechtsgeschäft und welches seinerseits die Quelle der einzelnen Forderungsrechte ist oder dieselben wenigstens umfasst. Ein Recht aber, welches sich als Grundlage der einzelnen Rechte bezeichnen liesse, hat er nicht erworben¹⁷⁾. Es würde in der That schwer sein, dieses allgemeine Recht aus der Stipulatio oder dem Testamente seinem juristischen Wesen nach zu bezeichnen. Und doch müsste es ein solches Recht, es müsste eine Klage aus ihm geben¹⁸⁾, wenn mehr verjähren sollte als die Klagen auf die einzelnen Leistungen. Denn das auf Vertrag oder Testament gegründete Rechtsverhältniss selbst kann durch Verjährung nicht untergehn, eben so wenig als das Rechtsgeschäft, welches die eigentliche „allgemeine Grundlage“ der einzelnen Forderungen ist.

Eine Klage, durch welche ein zwischen dem Rechtsgeschäfte und letzteren zwischeninne liegendes allgemeines Recht geltend gemacht würde, welche also, sobald der Verpflichtete seine Verbindlichkeit verletzt, *actio nata* wäre, liesse sich nur

17) Darin, dass verschiedene nach deutsch-rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilende *praestationes annuae* in mancher Beziehung wie dingliche Rechte behandelt werden, z. B. mit Besitzschutz durch die Praxis versehen worden sind, liegt es eben, dass für die Verjährung derartiger Gerechtsamen noch ganz andere Gesichtspunkte in Betracht kommen.

18) Man hat sich sogar, um eine solche Klage zu beschaffen, auf die *Praejudicialklage quanta dos sit* berufen, z. B. Unterholzner II § 260.

etwa auf folgendem Wege beschaffen. Man müsste das, wie neuerlich auszuführen versucht ist ¹⁹⁾, schon im römischen Rechte angedeutete, durch das Bedürfniss des Verkehrs erheischte und durch die Praxis anerkannte Rechtsprincip, dass auch vor dem Verfalltage der Leistung auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses *ex iusta causa* geklagt werden könne — anwenden auf unser Rechtsverhältniss, und in der Abläugnung des Pflichtigen die *iusta causa* finden, durch welche die Klage auf Anerkennung begründet würde. Allein auch vorausgesetzt, dass dies alles statthaft wäre, was uns hier nicht zu untersuchen obliegt, so würde man doch auf diesem Wege höchstens zu einer Verjährung des Rechts auf Anerkennung zu klagen gelangen können. Die einzelnen Forderungsrechte könnten durch diese Verjährung nicht im mindesten berührt werden.

Gäbe es aber auch wirklich ein „allgemeines Recht“ aus dem Vertrage oder Testamente neben den einzelnen auf terminweise Leistungen gerichteten Forderungsrechten, so könnte man dann wieder dem Satze nicht beistimmen, dass die Klage aus demselben nata sei, sobald der Verpflichtete seine Existenz läugnet. Vielmehr müsste die Verjährung dieser Klage schon da beginnen, wo zuerst die einzelnen Leistungen ausbleiben. Denn da obligatorische Verbindlichkeiten durch Nichtleisten, auch ohne dass damit ein ausdrückliches Abläugnen verbunden wäre, verletzt werden, und da man jenes „allgemeine Recht“ sich doch nothwendigerweise als ein obligatorisches denken müsste, so läge im Auslassen einer Praestation eine Verletzung des gesammten Rechts, welche dann, falls die beginnende Verjährung nicht durch späteres Leisten unterbrochen würde, zum Untergang der Klage aus dem supponirten Rechte führen müsste. Man würde also consequenter Weise auf die zuerst von Bulgarus vertretene, dann bis in die neuere Zeit verfochtene ²⁰⁾, auch durch particuläre Legislation ²¹⁾ recipirte Theorie

19) Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 69 S. 279 ff.

20) Einen Ueberblick der Hauptvertheidiger s. bei Brunquell, de sect. et controvers. iuris Justin. § 18. Walch, introductio in controvers. iur. civ. sect. II c. II § 18.

21) z. B. durch die sächsische Const. Sax. P. II c. 2. Curtius,

gelangen müssen, dass jenes „Recht selbst“ erlösche, sobald nur die Verjährungszeit hindurch keine Leistungen geschehn sind, womit man dann von dem „Untergange aller Rechte durch Nichtgebrauch“ nicht allzuweit mehr entfernt wäre.

Das Abläugnen der Verbindlichkeit könnte nur dann etwa rechtlich von Gewicht sein, wenn man, einen Besitzschutz des Rechtes statuierend, dasselbe zwar nicht durch bloße Extinctivverjährung, wohl aber durch Usucapion der Freiheit untergehn liesse²²⁾. Dies wird man aber für unsere rein obligatorischen Rechtsverhältnisse zu thun wohl schwerlich versucht sein. Für sie muss vielmehr vollständig und ohne Modificationen die Regel gelten, dass nur die Klagen auf die einzelnen Leistungen verjähren und zwar immer vom Momente der Fälligkeit jeder einzelnen Ratenzahlung an.

Handbuch § 572 Anm. g. Man hat die mit c. 7 § 6 de praescr. XXX in geradem Gegensatze stehende Vorschrift der const. cit. einschränkend zu interpretiren gesucht. Emminghaus, Pandecten des gem. sächs. Rechts XXXI B. 1 Tit. 16. 17. Schon die in die neueren Gesetzbücher übergegangene Theorie von einer Extinctivverjährung aller Rechte mit Ausnahme der res merae facultatis ist der Statuirung eines Erlöschens des angeblichen Rechts auf die Praestationen sehr günstig. S. § 1480 des Oestr. a. b. G.

22) Wie es für deutsch-rechtliche praestationes annuae, die Reallasten, namentlich die Zehnten, nach der gemeinrechtlichen Praxis gehalten zu werden pflegt. S. z. B. v. Hufnagel in Richters krit. Jahrb. 1847 S. 538.

Nachtrag.

Erst während des Drucks der zweiten Abhandlung ist mir der Aufsatz Brackenhoefts über den Anfangspunkt der Klagsverjährung im Archiv für praktische Rechtswissenschaft (IV, S. 76 ff.) zugekommen, und es sind in Bezug auf denselben noch einige Bemerkungen nachzutragen.

Die Frage, von welcher B. ausgeht, ob und in welchem Sinne nach heutigem gemeinen Rechte bona fides zur Klagsverjährung erfordert wird, gehört nicht zum Gegenstande unserer Untersuchung. Was aber die fernere, den Zeitpunkt der actio nata unmittelbar betreffende Ausführung anlangt (§ 5 ff.), so stimme ich, wie auch bei den bezüglichen Stellen oben in § 7 angedeutet, darin überein, dass sowohl l. 94 § 1 de solution, als l. 1 § 22 deposit. nicht genügen, die darauf gestützte Ansicht zu beweisen.

Dass freilich der Ausdruck actio nascitur in den Constitutionen etwas anderes bedeute, als in den Pandecten-Fragmenten, glaube ich nicht. Die Kaiser waren ganz im Rechte, als Regel aufzustellen, dass jedes Klagrecht zu verjähren beginnen sollte, seitdem das Rechtsverhältniss, aus welchem sie zusteht, zur Existenz gelangt ist (s. oben S. 148). Die Ausnahme, deren Nothwendigkeit sich aufdrängte, fügten sie bald hinzu, dass nämlich jene Norm überall nicht gelten sollte, wo zwar ein Klagrecht, aber ein durch Bedingung oder Befristung suspendirtes vorhanden sei. Die Eigenschaften des Klagrechts als eines „gegenwärtigen, wirklich durch Einklagen der Leistung zu realisirenden“ hat erst die Doctrin in den Begriff der „actio nata“ selbst aufgenommen. Nach der Sprache der Quellen ist im Falle einer Bedingung oder eines dies das

actionem nasci noch nicht allein hinreichend, damit die Verjährung begiune, sondern es muss noch vorher die *conditio existens*, der dies *veniens* sein. Da nun aber auch in der Natur des Geschäfts eine Bedingung liegen kann, wie z. B. bei dem *contractus pignoratitius*, so ist man ganz berechtigt, Stellen wie l. 94 § 1 cit. gegenüber, bezüglich jedes Rechtsgeschäfts zu untersuchen, ob es nicht Bedingung oder dies involvirt.

Uebrigens ist es kaum richtig, dass in den Pandecten-Fragmenten bei dem Ausdruck *actio nascitur* immer nur vorausgesetzt werde, „dass das Rechtsverhältniss zur Entstehung gekommen.“ Das ist beim *contractus pignoratitius* sogleich mit Hingabe des Pfandes der Fall, und doch sagt l. 9 § 3 de pign. act.

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Allerdings wird bei Phrasen wie: *actio ex contractu nascitur* schwerlich vorausgesetzt, dass das wirkliche Einklagen der Leistung nicht hinausgeschoben sei, und man ist deswegen, wie gesagt, vollkommen im Rechte, die Beweiskraft der angeführten Stellen in Abrede zu stellen.

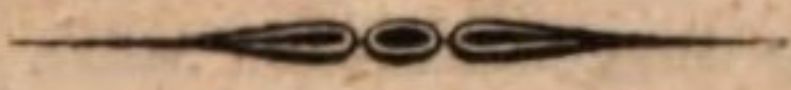
Willkürlich ist es auch, wenn B. in dem Ausdrucke „*actio competit*“ einen andern Sinn finden will, als in „*actio nascitur*“ (S. 91 f.). Ersterer kommt in den Pandecten ganz wie letzterer sowohl in der weiteren Bedeutung vor, dass er überhaupt das Vorhandensein eines klagbaren Rechtsverhältnisses bezeichnet, z. B. l. 10. l. 41 pr. § 1 de O. et A., als in der engeren, nach welcher erst nach erfüllter Bedingung *actio competit* l. 54 de V. S.

In Bezug auf andere Punkte glaube ich in Anschluss an das in meiner Arbeit Ausgeführte abweichen zu müssen. So macht am Ende des § 8 B. aus der Bestimmung der c. 8 § 4 de praescript. XXX ann. eine unzulässige Folgerung. Dass ein verzinsliches Darlehn so lange nicht verjährt, als der Schuldner die Zinsen zahlt, soll daraus folgen, dass, so lange der Schuldner das Kapital zurückzuzahlen nicht gehalten ist, keine Verjährung laufen kann, und daraus soll wiederum hervorgehen, dass bei allen Ansprüchen, so lange

sie nicht geltend gemacht werden können, auch keine Verjährung laufen kann. An letzterem Satze wird auch ohne diese Argumentation Niemand mehr zweifeln. Die Bestimmung der c. 8 § 4 cit. aber erklärt sich nicht wie B. will, sondern vielmehr (s. oben S. 171 f.) aus der unterbrechenden Wirkung der Zinszahlung. Nicht weniger natürlich, als jener unbezweifelte Grundsatz, soll es sein, fährt B. fort, dass da, wo der Zweck des Geschäfts es erheischt, dass der Berechtigte die Geltendmachung nach seiner Bequemlichkeit verschiebt, wie beim Depositum, ihm die Verjährung nicht läuft, so lange er diesen Zweck benutzt und in Ansehung desselben und der Geltendmachung sich nicht behindert findet. „Ist es natürlich, dass dem Darleiher die Verjährung nicht läuft, so lange er durch Empfang der Zinsen veranlasst wird, sein Kapital ungefordert zu lassen, so ist es auch natürlich, dass dem Deponenten keine Verjährung läuft, so lange er das deponirte Gut beim Depositar lässt, weil er es dort besser aufgehoben findet als bei sich selber oder anderswo“ etc. Das scheint denn doch eine mehr künstliche als treffende Analogie. Dass die Verjährung nicht läuft, ehe der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, erklärt sich aus dem Begriffe des *diuturnum silentium*; man kann nicht eher schweigen, als man reden kann. Dasjenige, was der Zweck des Geschäfts erheischt, dass z. B. der Deponent die Rückforderung zu verschieben angemessen findet, kann den Begriff des *silentium* nicht ausschliessen. Nur wenn sich nachweisen liesse, dass jener Zweck des Geschäfts dazu führt, dass die Verpflichtung des Depositors irgendwie suspendirt wird, könnte er für den Beginn der Klagverjährung von Einfluss sein. So lange dies aber nicht behauptet werden kann, mag man mit Kaiser Theodosius rechten, dass er den Untergang der Klagrechte durch *diuturnum silentium* eingeführt hat. Modeln lässt sich aber nicht an dem „*ex quo iure competere coeperunt*“, am allerwenigsten deswegen, weil dem Darleiher die Verjährung nicht läuft, „so lange er durch Empfang der Zinsen veranlasst wird, sein Kapital ungefordert zu lassen.“

Ueberhaupt haben mich die in der besprochenen Ausführung niedergelegten Gedanken, so weit ich ihnen habe

folgen können, den Gründen gegenüber, welche oben für den Beginn der Klagverjährung aus dem unbetragten Darlehn u. s. w. sogleich mit Abschluss des Contracts zu entwickeln versucht worden sind, nicht zu überzeugen vermocht. Und noch weniger halte ich es, gewiss mit noch Manchen, für eine Weiterentwicklung unserer Lehre zur Klarheit und Einfachheit der Begriffe, wenn, um der Klagverjährung noch ein anderes Fundament zu sichern, als den „Machtspruch der Gesetze“, und zur Ehrenrettung der angeblichen Vorschrift in c. 20 X de praescript. 2, 26, die „Idee einer Inhaberschaft des Zustandes“ geschaffen wird, „eine der *usucapiendi conditio* analoge *praescribendi conditio*, deren Vergleichung mit jener das Schweigen des Klagberechtigten als das Moment hervortreten lässt, welches die *bona fides* des Obligirten zu einer *iusta causa* qualificirt.“ Das scheint mir der nächste Weg, den Rechtsgedanken der Klagverjährung durch Versetzung mit allerlei *Usucapions*-Ingredienzien wieder in die allgemeine Verjährungssubstanz überfliessen zu lassen, die sich bekanntlich nicht gerade durch ungetrübte Durchsichtigkeit auszeichnet.



Berichtigungen und Zusätze.

S. 16 Z. 12 v. o.	statt Eintritt	lies	Eintritts.
„ 23 „ 9 v. u.	„ Die	„	Der.
„ 58 „ 15 v. o.	„ in	„	im.
„ 104 „ 9 v. o.	„ desselben	„	derselben.
„ 122 Anm. 15	„ dann	„	dazu.
„ 125 Z. 18 v. o.	„ er	„	sie.

Zu S. 125 Anm.: Ueber die befremdende Phrase „actio, petitio, persecutio esto“ von einer Popular-Klage gebraucht im Stadtrecht von Salpensa R. XXVI in fin. und von Malaca R. LVIII, LXII, LXVII vgl. Mommsen, die Stadtrechte der Lat. Gem. Salpensa und Malaca S. 463 und Laboulaye, les tables de bronze de Malaga et de Salpesa S. 23 Anm. 31. S. übrigens das Fragment einer Sanction eines unbekannten Gesetzes bei Göttling, fünfzehn röm. Urkunden S. 22; eiusque pecuni populi iudicio petere vel in sacrum iudicare licet.... Tab. Heracl. tab. I, 19: eiusque pecuniae quei volet petitio esto.

S. 126 Z. 5 v. u. statt Dann lies Dazu.

Zu S. 171 Anm. 13: l. 57 pr. de pactis.

S. 176 Z. 8 v. u. statt behandle lies behandelte.

Zu S. 174 Z. 1 Anm. Zwar darf streng genommen der Depositar die Sache sogleich zurückgeben, falls es nur nicht importuno tempore et loco geschieht; allein es ist kaum ein Fall denkbar, in welchem sofortige Rückgabe nicht durch den Vertragswillen ausgeschlossen wäre, oder mindestens importuno tempore stattfände.

In demselben Verlage erschienen:

ANSELMINUS DE ORTO SUPER CONTRACTIBUS EM-
PHYTEOSIS ET PRECARI ET LIBELLI ATQUE IN-
VESTITURE TEXTUM EX LIBRIS MSSCR. PRIMUS
RECENSUIT ET COMMENTARIIS QUINQUE INSTRUXIT
RUDOLFUS JACOBI J. U. D.

Preis 15 Sgr.

Jacobi, R., Dr. jur. utr. Königlich Preussischer Gerichts-Assessor, über **Remission**
des Pachtzinses nach römischem und preussischem Rechte.
Eine praktisch-civilistische Abhandlung. gr. 8°. 127 Seiten.

Preis 20 Sgr.

Weimar, H. Böhlau.

Druck der Hof-Buchdruckerei in Weimar.

Demelius, Gustav

Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte

Bd.: 1

Weimar 1856

J.rom.m. 162 r-1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566598-4